

**Rikastumiskiellon asema immateriaalioikeudellisessa
vahingonkorvauksessa**

Max Malvikko

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Immateriaalioikeus

Pro gradu -tutkielma

23.4.2019

Ohjaaja: Prof. Marcus Norrgård

Tiedekunta/Osasto □ Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos □ Institution – Department Helsingin yliopiston Vaasan yksikkö	
Tekijä□□□Författare – Author Max Malvikko			
Työn nimi□□ Arbetets titel – Title Rikastumiskiellon asema immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa			
Oppiaine □ Läroämne – Subject Immateriaalioikeus			
Työn laji□□ Arbetets art – Level Pro gradu -tutkielma		Aika□□ Datum – Month and year Huhtikuu 2019	Sivumäärä□□ Sidoantal – Number of pages 98
Tiivistelmä□□ Referat – Abstract			
<p>IPRED-direktiivin (2004/48) tarkoituksena on lähentää jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä, jotta sisämarkkinoilla voidaan varmistaa teollis- ja tekijänoikeuksien suojan korkea, yhdenvertainen ja yhdenmukainen taso. Direktiivin kansallisessa implementoinnissa ei ole kuitenkaan otettu huomioon sen asettamia vaatimuksia seuraamusten tehokkuudesta ja varoittavuudesta. Myös direktiivin 13(1) artiklan a ja b kohdissa vaihtoehtoisiksi vahingonkorvauksen laskentatavoiksi tarkoitettujen menetelmien kansallisessa voimaan saattamisessa on ongelmia.</p> <p>IPRED 13(1) artiklan a kohdassa mainitaan loukkaajan saama perusteeton etu yhtenä vahingonkorvauksen laskemisessa vaikuttavana seikkana. Samassa artiklassa säädetään myös aineettoman vahingon korvaamisesta eli kärsimyksen ja muun haitan korvaamisesta oikeudenhaltijalle. Kansallisesti näihin vaatimuksiin on suhtauduttu pidättyvästi, koska ne sisältävät rangaistusluonteisia piirteitä, jotka ovat ristiriidassa yleisen vahingonkorvausoikeuden rikastumiskiellon kanssa.</p> <p>Toisaalta kansallinen oikeusjärjestys sisältää jo nykyisin rangaistusluonteisia seuraamuksia, joita kutsutaan hyvityksiksi. Sama koskee henkilövahinkoihin liittyvän kärsimyksen korvaamista. Lisäksi EUT:n viimeaikainen käytäntö on sallinut kaksinkertaiseen lisenssikorvaukseen perustuvan immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen.</p> <p>Näin ollen rikastumiskiellon asema ei ole enää niin vahva immateriaalioikeudessa, mikä johtuu sen eriytymiskehityksestä oikeudenalana. Rangaistusluonteisuuden periaatteen tunnistaminen saattaa myös ratkaista immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen ongelmia, jotka liittyvät vahingon näyttämiseen ja laskemiseen sekä loukkauksien kannattavuuteen.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords Immateriaalioikeus, vahingonkorvausoikeus, Enforcement-direktiivi, IPRED, rikastumiskielto, rangaistusluonteinen vahingonkorvaus, immateriaalioikeuden eriytyminen ja punitive damages.			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHTEET.....	I
LYHENNELUETTELO.....	XIV

1. JOHDANTO.....	1
1.1 Immateriaalioikeuksien suojaaminen Euroopan unionissa.....	1
1.2 Ongelmat ja tutkimuskysymykset	3
1.3 Metodi	3
1.4 Rajaukset ja dispositio	5
2. IMMATERIAALIOIKEUDELLINEN VAHINGONKORVAUS	7
2.1 Immateriaalioikeudellisen suojan tarve ja oikeasuhtaisuus	7
2.1.1 Suojan tarve	7
2.1.2 Suojan oikeasuhtaisuus	10
2.2 Yleisen vahingonkorvausoikeuden merkitys	13
2.2.1 Yleisen vahingonkorvausoikeuden perusta ja tehtävät	13
2.2.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaaminen VahL:n mukaan	14
2.2.3 Täyden korvauksen periaate ja rikastumiskielto	16
2.3 IPRED:n asettamat vaatimukset	19
2.3.1 Tavoitteet ja keinot	19
2.3.2 Vahingonkorvauksen määräytyminen IPRED:n perusteella.....	21
2.3.3 IPRED:n tavoitteiden toteutumatta jääminen.....	23
2.4 Oikeudenhaltijan asema Suomessa.....	25
3. TALOUDELLISEN VAHINGON KORVAAMINEN.....	28
3.1 Taloudellisen vahingon korvaamisen edellytykset	28
3.1.1 Yleistä immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta.....	28
3.1.2 Tahallisuus ja tuottamus.....	29
3.1.3 Riittävä näyttö	31
3.1.4 Differenssioppi	33
3.2 Erilaiset taloudelliset vahingot	34
3.2.1 Taloudellisen vahingon määritelmä.....	34
3.2.2 Saamatta jäänyt liikevoitto taloudellisena vahinkona.....	35
3.2.3 Markkinahäiriövahingon epäselvä asema	36
3.2.4 Goodwill-vahinko markkinahäiriövahinkona.....	38

4.	AINEETTOMAN VAHINGON KORVAAMINEN	42
4.1	Aineettomat vahingot yleisessä vahingonkorvausoikeudessa	42
4.1.1	Aineettoman vahingon määritelmä	42
4.2	Aineettomat vahingot immateriaalioikeudessa	44
4.2.1	Aineettoman vahingon korvaamisen perusteet	44
4.2.2	Aineeton vahinko immateriaalioikeuden eri aloilla	46
4.3	Markkinahäiriövahingon ja aineettoman vahingon välinen suhde	49
5.	LOUKKAAJAN SAAMA PERUSTEETON ETU	51
5.1	Perusteettoman edun palauttamisesta yleensä	51
5.2	Perusteeton etu immateriaalioikeudessa	51
5.3	Perusteettoman edun suhde todelliseen vahinkoon	54
5.4	Rikoshyödyn palauttaminen	56
6.	IMMATERIAALIOIKEUDELLINEN HYVITYS	59
6.1	Immateriaalioikeudellinen hyvitys	59
6.1.1	Yleistä hyvityksestä	59
6.1.2	Immateriaalioikeudellisen hyvityksen vähäisyys	61
6.2	Hyvitys osana immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta	63
6.2.1	Immateriaalioikeudellisen hyvityksen vahingonkorvausoikeudellinen luonne	63
6.2.2	IPRED 13(1) artiklan b kohdan tulkitseminen	64
6.2.3	Kansallisen lainsäädännön muutostarve	67
7.	IMMATERIAALIOIKEUDELLISEN VAHINGONKORVAUKSEN RANGAISTUSLUONTEISUUS	69
7.1	Yleistä rangaistusluonteisista seuraamuksista	69
7.1.1	Rangaistuluonteisuuden määritelmä ja kansallinen suhtautuminen	69
7.1.2	Hallinnolliset sanktiot	70
7.1.3	Yleiset hyvityskorvaukset	71
7.1.4	Sopimussakko	75
7.1.5	Vahingonkorvausoikeudellisen kärsimyskorvauksen rangaistusluonteisuus	77
7.1.6	Kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen rangaistusluonteisuus	79
7.2	Vahingonkorvauksen rangaistusluonteisuuden hyväksyttävyyys immateriaalioikeudessa	80
7.2.1	Moninkertaisen lisenssikorvauksen hyväksyttävyyys	80
7.2.2	Monikertaiset korvaukset EU-jäsenvaltioissa	83

7.2.3	Tekijänoikeudellisen hyvityksen rangaistusluonteisuus Suomessa.....	85
7.3	Rikastumiskiellosta luopumisen tarkoituksenmukaisuus immateriaalioikeudessa	90
7.3.1	Taloudellisen ja aineettoman vahingon korvaaminen.....	90
7.3.2	Loukkaajan saaman perusteettoman edun palauttaminen	91
7.3.3	Immateriaalioikeudellinen hyvitys	92
8.	JOHTOPÄÄTÖKSET	95

LÄHTEET

Oikeuskirjallisuus

- Aalto-Setälä ym. 2016* Aalto-Setälä, Minna – Sundman, Cristoffer – Tuominen, Markku – Uhlbäck, Asta: IPR käytännönläheisesti. Helsingin seudun kauppakamari. Helsinki 2016.
- Aarnio 1997* Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinta ja systematisointi. Teoksessa Minun Metodini, toimittanut Juha Häyhä. Werner Söderström Lakitieto Oy, Helsinki 1997. S. 35-56.
- Alanen 1941* Alanen, Aatos: Immateriaalisen vahingon korvaamisesta. Lakimies 1941 no 1. S. 9-17.
- Allekotte 2009* Allekotte, Bernd: Enforcing IP Rights in the EU. Aspatore, 2009 WL 2510880. S. 1-6.
- Alvsing 2011* Alvsing, Per Eric: The Slow Response to IP Law Changes in Sweden. Aspatore, 2011 WL 5618001. S. 1-8.
- Apajalahti & Sotala 2010* Apajalahti, Ahto – Sotala, Kai: Jokapiraatinoikeus. Hansaprint Oy. Helsinki 2010.
- Artimo 2008* Artimo, Riikka: Kärsimyksen korvaaminen käytännössä. Lakimies 7-8/2008. S. 1211-1224.
- Avraham 2018* Avraham, Ronen: Should Courts Award Pain and Suffering Damages in Patent Infringement Cases? Texas Intellectual Property Law Journal, 26 TXIPLJ 215 2018. S. 215-230.
- Beverley-Smith 2002* Beverley-Smith, Huw: The commercial appropriation of personality. Cambridge University Press. Cambridge 2002.
- Blakeney 2012* Blakeney, Michael: Intellectual property enforcement – A Commentary on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA). Edward Elgar Publishing Limited. 2012.
- Brusiin 1953* Brusiin, Otto: Aineettoman vahingon korvaamisesta. J. Simeliuksen perillisten kirjapaino Oy. Helsinki 1953.
- Bruun ym. 2009* Bruun, Otto – Eskelinen, Teppo – Kauppinen, Ilkka – Kuusela, Hanna: Immateriaalitalous – kapitalismin uusin muoto. Gaudeamus Helsinki University Press Oy Yliopistokustannus. Helsinki 2009.
- Castrén 1979* Castrén, Martti: Vahingonkorvaus immateriaalioikeudessa silmällä pitäen patentti-, tavaramerkki-, mallioikeus-, tekijänoikeus ja valokuvalakia. Vammalan Kirjapaino Oy. Helsinki 1979.
- Castrén 2015* Castrén, Martti: Korvaus keksinnöstä – Keksijän, patentin ja hyödyllisyysmallioikeuden haltijan oikeus korvaukseen keksintöoikeuksia luovutettaessa ja niitä loukattaessa. Suomalaisen Lakimiesliiton julkaisuja. Helsinki 2015.

Chaudhry & Zimmerman

- 2013* Chaudhry, Peggy – Zimmerman, Alan: Protecting Your Intellectual Property Rights – Understanding the Role of Management, Governments, Consumers and Pirates. Springer Science+Business Media New York. New York 2013.
- Coleman 2003* Coleman, Jules L: The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford University Press. Oxford 2003.
- Correa 2007* Correa, Carlos M.: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Commentary on the TRIPS Agreement. Oxford University Press. Oxford 2007.
- Eloranta 2017* Eloranta, Mikko: Patenttien täytäntöönpanon väärinkäyttö ja siihen puuttuminen Euroopan unionissa kilpailuoikeuden keinoin, teoksessa Immateriaalioikeudet ja yleinen etu toim. Oesch, Rainer – Eloranta, Mikko – Heino, Mari – Kokko, Mira. Alma Talent. Helsinki 2017. S. 259-190.
- Eltell & Radetzki 2005* Eltell, Tobias – Radetzki, Marcus: Skadestandsbedömning vid intrång i upphovsrätt. NIR 3/2005. S. 225-255.
- Fei 2003* Fei, Jessica Jia: Awards of punitive damages. Juris Publishing Inc. 2003.
- Feldman 2005* Feldman, Heidi Li: Loss. New Mexico Law Review Vol. 35. 2005. S. 375-390
- Frände 2012* Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy. Helsinki 2012.
- Godenhielm 1965* Godenhielm, Berndt: Inledning till immaterialrätten. Festskrift utgiven i anledning av juristklubben Codex' 25-årsjubileum. Borgå 1965. S. 22-35.
- Goldstein 1989* Goldstein, Paul: Copyright – Principles, law and practice. Volume II: Infringement, Defences, Remedies, Procedure and Related Laws. Little, Brown and Company. Stanford 1989.
- Goodger 2009* Goodger, Ben: Turning IP into assets, teoksessa The Handbook of European Intellectual Property Management 2nd edition toim. Jolly, Adam – Philpott, Jeremy. Kogan Page Limited. London 2009. S.13-18.
- Haarmann 2005a* Haarmann, Pirkko-Liisa: Tekijänoikeus ja lähioikeudet. Talentum Media Oy. Helsinki 2005
- Haarmann 2005b* Haarmann, Pirkko-Liisa: Piratismiä torjuntayrityksistä immateriaalioikeutta koskevan vahingonkorvausnormiston yhtenäistämiseen Euroopan unionissa, teoksessa: Juhlajulkaisu Esko Hoppu 1935-15/1-2005. Gummerus kirjapaino Oy. Helsinki 2005. S. 55-62.
- Haarmann 2014* Haarmann, Pirkko-Liisa: Immateriaalioikeus. Talentum Media Oy. Helsinki 2014.
- Hakulinen 1965* Hakulinen, Y. J.: Velvoiteoikeus I. Yhteiskirjapaino Oy. Helsinki 1965.

- Halila 1961* Halila, Jouko: Vahingonkorvauksen suuruuden todistelusta. Lakimies 1961. S. 291-303.
- Hammarber 1966* Hammarber, Minna: Tekijänoikeusjärjestöt EY:n kilpailuoikeuden näkökulmasta. Teoksessa Immateriaalioikeudet yhdentyvässä Euroopassa, toim. Mäkinen, Kari – Oesch, Rainer – Rapinoja, Ben. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. Helsinki 1996. S. 33-60.
- Hasselblatt 2018* Hasselblatt, Gordian N.: European Union Trade Mark Regulation. Article-by-Article Commentary. Verlag C. H. Beck oHG. 2018.
- Havu, Kalliokoski & Wikberg 2010* Havu, Katri – Kalliokoski, Toni – Wikberg, Olli: Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus. Edita Publishing Oy. Helsinki 2010.
- Heino 2017* Heino, Mari: Kansainvälinen ja eurooppalainen immateriaalioikeus ja piratismien ongelma. Teoksessa Immateriaalioikeudet ja yleinen etu toim. Oesch, Rainer – Eloranta, Mikko – Heino, Mari – Kokko, Mira. Talentum Media Oy. Helsinki 2017. S. 21-71.
- Hemmo 1988* Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti – Tutkimus vahingonkorvauksen vastuunmuodoista. Kauppakaari Oy. Helsinki 1998.
- Hemmo 2005* Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. Talentum Media. Helsinki 2005.
- Hemmo 2006* Hemmo, Mika: Sopimusoikeuden yleiset opit ja kilpailuoikeus. Lakimies 7-8/2006. S. 1134-1157.
- Hemmo & Hoppu 2018* Hemmo, Mika – Hoppu, Kari: Sopimusoikeus. Alma Talent Oy. Helsinki 2018.
- Hilty 2012* Hilty, Reto M.: Economic, legal and social impacts of counterfeiting, teoksessa Criminal Enforcement of Intellectual Property toim. Christophe Geiger. Edward Elgar Publishing Limited. 2012. S. 9-23.
- Honka 1995* Honka, Hannu: Punitive Damages in the United States – International Aspects with Special Reference to Admiralty. Institute of Maritime and Commercial Law, Åbo Akademi University. Turku 1995.
- Huhtamäki 1995* Huhtamäki, Ari: Kuka määrittää kivun, vamman ja kärsimyksen hinnan?, teoksessa Heikommen suoja toim. Saarnilehto, Ari. Kirjapaino Grafia Oy. Turku 1995.
- Husa 2013* Oikeusvertailu – teoria ja metodologia. Helsingin Kamari Oy. Helsinki 2013.
- Husa, Mutanen & Pohjolainen 2008* Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Talentum. Helsinki 2008.
- Huttunen 2007* Huttunen, Anniina: Tekijänoikeusrikoksen ja -rikkomuksen tunnusmerkistöt ja seuraamukset epätäsmällisyyskiellon

näkökulmasta tarkasteltuna, teoksessa Teollisoikeudellisia kirjoituksia VIII toim. Sorvari, Katariina. Karhukopio. Turku 2007. S. 1-46.

- Innanen & Jäske 2014* Innanen, Antti – Jäske, Jukka: Brändin suoja. Edita Publishing Oy. Porvoo 2014.
- Jokela 2015* Jokela, Kalle: Oikeudenkäynti: III, Pääkäsittely, todistelu ja tuomio. Talentum. Helsinki 2015.
- Karhu 2007* Karhu, Juha: Edun perusteettomuudesta hyötymisen epäasianmukaisuuteen. Teoksessa Sopimus, vastuu, velvoite – Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947-21/11-2007, toim. Ari Saarnilehto. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007. S. 171-195.
- Karhu 2016* Karhu, Juha: Teoksessa Oikeus tänään osa 1: Velvoiteoikeus. Lapin Yliopiston oikeustieteelliset julkaisut. Rovaniemi 2016.
- Keating 1996* Keating, Gregory C: Reasonableness and Rationality in Negligence Theory. 48 Stanford Law Review 1996. S. 311-383.
- Kivimäki 1948* Kivimäki, T. M.: Tekijänoikeus – Tutkimus kirjailijan, taiteilijan ja tiedemiehen oikeudesta teokseensa. WSOY. Helsinki 1948.
- Kivimäki 1966* Kivimäki, T. M.: Uudet tekijänoikeus- ja valokuvauslait. WSOY. Helsinki 1966.
- Kivivuori 2005* Kivivuori, Antti: Vahingonkorvausvastuun tarkoituksiperät, teoksessa: Juhlajulkaisu Esko Hoppu 1935-15/1-2005. Gummerus kirjapaino Oy. Helsinki 2005. S. 163-172.
- Korkka 2015* Korkka, Heli: Liiketoimintarikoksen tuottaman hyödyn mittaaminen. Vammalan kirjapaino Oy. Helsinki 2015.
- Laaksonen 2016* Laaksonen, Pia: Pro gradu -tutkielma: Välimiesten prosessinjohto ja rangaistusluonteinen vahingonkorvaus välimiesmenettelyssä. Turun oikeustieteellinen tiedekunta. Edilex 2016.
- Lappalainen 2001* Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II. Talentum Media Oy. Helsinki 2001.
- Lappi-Seppälä 2000* Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosten seuraamukset. WSLT. Porvoo 2000.
- Lindberg-Repo 2005* Lindberg-Repo, Kirsti: Asiakkaan ja brändin vuorovaikutus – Miten johtaa brändin arvoprosesseja? WSOYpro. Helsinki 2005.
- Linna 2012* Linna, Tuula: Prosessioikeuden oppikirja. Talentum. Helsinki 2012.
- Melander 2015* Melander, Sakari: EU-rikosoikeus. Talentum. Helsinki 2015.
- Mezei & Harkai 2017* Mezei, Peter – Harkai, Istvan: Enforcement of copyrights over the internet: A review of the recent ECJ case law. Journal of Internet Law 21 no 4, 2017. S. 12-25.
- Mielityinen 2006* Mielityinen, Sampo: Vahingonkorvausoikeuden periaatteet. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006.

- Mylly 2004* Mylly, Tuomas: Immateriaalioikeuksien täytäntöönpano EU:ssa – täytäntöönpanodirektiivin kriittistä tarkastelua, teoksessa: Teollisoikeudellisia kirjoituksia VI toim. Mylly, Tuomas – Saarnilehto, Ari. Tampereen Yliopistopaino. Turku 2004. S. 153-180.
- Mylly 2012* Mylly, Tuomas: Criminal enforcement and European Union law, teoksessa Criminal Enforcement of Intellectual Property toim. Christophe Geiger. Edward Elgar Publishing Limited. 2012. S. 213-244.
- Määttä 2006* Määttä, Kalle: Oikeustaloustieteen perusteet. Edita. Helsinki 2006.
- Määttä 2015* Määttä, Kalle: Yritysoikeus yritystoiminnan suunnittelussa. Edita Publishing Oy. Helsinki 2005.
- Määttä & Pihlajamäki 2003* Määttä, Kalle – Pihlajamäki, Heikki: Rikoksen hinta: taloustieteellinen näkökulma rikosoikeushistoriaan. Talentum. Helsinki 2003.
- Norio-Timonen 2008* Norio-Timonen, Jaana: Voiko vakuutustapahtumalla rikastua? Lakimies 7-8/2008. S. 1166-1188.
- Norrgård 2002* Norrgård, Marcus: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Talentum Media Oy. Helsinki 2002.
- Norrgård 2004* Norrgård, Marcus: Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet. NIR 5/2004. S. 443-468.
- Norrgård 2005* Norrgård, Marcus: The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights. ERA Forum 4/2005. S. 503-514.
- Norrgård 2006* Norrgård, Marcus: Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland. NIR 6/2006. S. 548-590.
- Norrgård 2009* Norrgård, Marcus: Patentin loukkaus. WSOYPro, Helsinki 2009.
- Norros 2018* Norros, Olli: Velvoiteoikeus. Alma Talent Oy. Helsinki 2018.
- Nuotio 2013* Nuotio, Kimmo: Kirja-arvostelu teoksesta Hakamies, Kaarlo: Maksukyvyyttömyys ja taloudellinen hyöty rikosoikeudessa. Lakimies 2013/2. S. 338-347.
- Oesch 1989* Oesch, Rainer: Taloudellisista seuraamuksista tekijänoikeuden loukkaustilanteissa. Lakimies 1/1989. S. 64-86.
- Oesch 2007* Oesch, Rainer: Teknologialisenssisopimuksen synty: neuvotteluvaiheen merkityksestä. Teoksessa IPR-sopimukset, kilpailu ja suojan toteuttaminen toim. Oesch, Rainer – Pihlajarinne, Taina – Vesala, Juha – Raappana, Heikki – Tikkanen, Julia. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007. S. 12-30.
- Oesch 2017* Oesch, Rainer: Yleinen etu ja immateriaalioikeuden suoja – Mitä uutta? Teoksessa Immateriaalioikeudet ja yleinen etu toim. Oesch, Rainer – Eloranta, Mikko – Heino, Mari – Kokko, Mira. Talentum Media Oy. Helsinki 2017. S. 1-20.

- Ovaska 2007* Ovaska, Risto: Välimiesmenettely – kansallinen ja kansainvälinen riidanratkaisukeino. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007.
- Palm 2002* Palm, Jukka: Tavaramerkki, kilpailu ja alkuperä. Gummerrus kirjapaino Oy. Helsinki 2002.
- Pekkanen 1978* Pekkanen, Raimo: Perusteettoman edun palauttamisesta hallintolainkäytössä. Lakimies 1978 no 5. S. 397-420.
- Pihlajarinne 2012* Pihlajarinne, Taina: Internetvälittäjä ja tekijänoikeuden loukkaus. Hansaprint Oy. Helsinki 2012.
- Pihlajarinne 2014(a)* Pihlajarinne, Taina: Immateriaalioikeudet, teoksessa Villa, Seppo – Airaksinen, Manne – Bärlund, Johan – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Knuts, Mårten – Kuppamäki, Petri – Kymäläinen, Seppo – Mähönen, Jukka – Pihlajarinne, Taina – Raitio, Juha – Rissanen, Kirsti – Viitanen, Klaus – Wilhelmsson, Thomas: Yritysoikeus. Talentum Media Oy. Helsinki 2014.
- Pihlajarinne 2014(b)* Pihlajarinne, Taina: Johdatus immateriaalioikeuteen. Unigrafia Oy, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2014.
- Routamo 2005* Routamo, Eero: Itse määritelty tappio tai muu syy korvausvaatimuksen perusteena. Luokitteluongelmia ”korvausoikeudessa”, teoksessa: Juhlajulkaisu Esko Hoppu 1935-15/1-2005. Gummerus kirjapaino Oy. Helsinki 2005. S. 331-337.
- Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006* Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. Talentum Media Oy. Helsinki 2006.
- Saarnilehto 2007* Saarnilehto, Ari: Vahingonkorvauslaki, käytännön kommentaari. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007.
- Salmi ym. 2008* Salmi, Harri – Häkkänen, Petteri – Oesch, Rainer – Tommila, Marja: Tavaramerkki. Gummerrus Kirjapaino Oy. Helsinki 2008.
- Siivola 1998* Siivola, Jyrki: Loukkaus ja vahinko – Tutkimus tietoteknisten patenttien ja tietokoneohjelmien oikeudenloukkauksista ja korvauksen määrittämisestä. Lapin yliopisto Oikeustieteiden tiedekunta. Rovaniemi 1998.
- Siivola 1999* Siivola, Jyrki: Oikeustapauksia, kommentteja. Lakimies 1/1999. S. 256-275.
- Sorvari 2005* Sorvari, Katariina: Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta – erityisesti tietoverkkoympäristössä. WSOY. Helsinki 2005.
- Sorvari 2007* Sorvari, Katariina: Tekijänoikeudenloukkaus. WSOYpro. Helsinki 2007.
- Stamatoudi 2014* Stamatoudi, Irini: The Enforcement Directive, teoksessa EU Copyright Law: A Comentary toim. Irini A. Stamatoudi – Torremans, Paul. Elgar Commentaries Series. 2014. S. 528-652.

- Tamas 2017* Tamas, Fezer: Do the Math! – Copyright Infringements and Damages. Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies Volume 6, no 1/2017. Scientia Publishing House. S. 45-57.
- Tapio 2014* Tapio, Veli-Markus: Tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmä musiikin internetpiratismiin torjuntakeinona. Oikeustiede-Jurisprudencia XLVII:2014. S. 339-413.
- Trainer 2008* Trainer, Tomothy P.: Intellectual property enforcement: A reality gap (insufficient assistance, ineffective implementation). John Marshall Review of Intellectual Property Law 47, Fall 2008. S. 47-79.
- Tuori 2000* Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT. Helsinki 2000.
- Tuori 2007* Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro. Helsinki 2007.
- Valkonen & Koskinen 2018* Valkonen, Mika – Koskinen, Seppo: Yhdenvertainen kohtelu työsuhteessa. Alma Talent Oy. Helsinki 2018.
- Viljanen 2007* Viljanen, Pekka: Konfiskaatio rikosoikeudellisena seuraamuksena. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007.
- Viljanen 2008* Viljanen, Mika: Vahingonkorvauksen määrä – Tutkimus vahingoista ja rahoista. Vammalan kirjapaino Oy. Helsinki 2008.
- Virtanen 2011* Virtanen, Pertti: Vahingonkorvaus – laki ja käytännöt. Edita Publishing Oy. Helsinki 2011.
- Wal & Schaik 2008* Van der Wal, Gerard – Van Schaik, Freya: The Combat against Counterfeiting and Piracy in the European Union. 4 NO. 1 IBA Convergence 66, July 2008. S. 66-81.
- Wilhelmsson 1997* Wilhelmsson, Thomas: Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat. Teoksessa Minun Metodini, toimittanut Juha Häyhä. Werner Söderström Lakitieto Oy. Helsinki 1997. S. 339-358.

VIRALLISLÄHTEET

EU:n valmisteluasiakirjat

European Observatory on counterfeiting and piracy 2010: Damages in intellectual property rights.

COM/2003/0046 final - COD 2003/0024: Ehdotus Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiiviksi teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamiseen tähtäävistä toimenpiteistä ja menettelyistä. Bryssel 30.1.2003.

COM(2017) 708 final: Communication from the Commission to the Institutions on Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights. Bryssel 29.11.2017.

KOM(2005) 672 lopullinen: Vihreä kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista. Bryssel 19.12.2005.

KOM(2006) 168 lopullinen: Ehdotus Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiiviksi teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamiseen tähtäävistä rikosoikeudellisista toimenpiteistä. Bryssel 26.4.2006.

KOM(2009) 467 lopullinen: Komission tiedonanto Neuvostolle, Euroopan parlamentille ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle immateriaalioikeuksien valvonnan tehostamiseksi sisämarkkinoilla. Bryssel 11.9.2009.

KOM(2016) 593 lopullinen: Komission Ehdotus Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiiviksi tekijänoikeudesta digitaalisilla sisämarkkinoilla. Bryssel 14.9.2016.

OHIM Observatory update on Costs and Damages:

<https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/publications/Observatory+update+on+costs+and+damages.pdf> Viittauksen ajankohta: 6.2.2019.

Press release IP/04/316: Commission welcomes European Parliament support against counterfeiting and piracy. Bryssel 9.3.2004.

Public Consultation 2015: European Commission Public Consultation on the evaluation and modernisation of the IPR enforcement legal framework. 7.12.2015.

Support study 2017: European Commission final report 28.11.2017: Support study for the ex-post evaluation and ex-ante impact analysis of the IPR enforcement Directive (IPRED).

SWD (2017) 431 final: Commission staff working document. Evaluation accompanying the document COM(2017) 708 final. Bryssel 29.11.2017.

Kansalliset lainvalmisteluasiakirjat ja virallisselvitykset

Hallituksen esitykset

HE 32/1984 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin sekä oikeudesta valokuvaan annettujen lakien muuttamisesta

HE 114/1993 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutuslainsäädännön muuttamisesta
HE 309/1993	Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta
HE 90/1994 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta
HE 80/2000 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle menettämisseuraamuksia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi
HE 112/2003 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle polttoainemaksulaiksi
HE 167/2003 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
HE 26/2006 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi teollis- ja tekijänoikeuksia koskevan lainsäädännön muuttamisesta
HE 70/2008 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asioiden oikeuspaikkaa koskevien säännösten muuttamiseksi
HE 44/2009 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 7 ja 11 §:n muuttamisesta
HE 19/2014 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
HE 46/2014 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi
HE 123/2015 vp	Hallituksen esitys Eduskunnalle liikennevakuutuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi

Muut virallislähteet

IPR-strategian ohjausryhmä 2008:

IPR-strategian ohjausryhmä: IPR tehokkaaseen käyttöön!
Aineksia teollis- ja tekijänoikeuksien strategiaan. Työ ja elinkeinoministeriön julkaisuja, Konserni 37/2008. Edita Publishing Oy. Helsinki 2008.

KM 1953:5

Ehdotus laiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin

Kulttuurin ja yhteiskunnan tutkimuksen toimikunta 2000:

Kulttuurin ja yhteiskunnan tutkimuksen toimikunta, immateriaalioikeuden tutkimustilaa ja kehittämistarpeita selvittävän työryhmän muistio:
Immateriaalioikeuden tutkimuksen tila ja kehittämistarpeet Suomessa.
Suomen akatemian julkaisuja 8/00. Monila Oy. Helsinki 2000.

OpMin 1984:28

Opetusministeriön työryhmien muistioita, tekijänoikeuskomitean muistio
1984:28

U 24/2000 vp

Valtioneuvoston kirjelmä Eduskunnalle Portugalin tasavallan
ehdotuksesta puitepäätökseksi (rikoksen uhrin asema
oikeuskäsittelyssä)

U 32/2003 vp

Valtioneuvoston kirjelmä Eduskunnalle ehdotuksesta Euroopan parlamentin
ja neuvoston direktiiviksi (teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen
varmistaminen)

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan unionin tuomioistuim

- C-295/04–C-298/04 Vincenzo Manfredi (C-295/04) vastaan Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito (C-296/04) vastaan Fondiaria Sai SpA ja Nicolò Tricarico (C-297/04) ja Pasqualina Murgolo (C-298/04) vastaan Assitalia SpA.
ECLI:EU:C:2006:461.
- C-236/08 Google France SARL ja Google Inc. vastaan Louis Vuitton Malletier SA.
ECLI:EU:C:2010:159.
- C-238/08 Google France SARL vastaan Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin ja Tiger SARL. ECLI:EU:C:2008:389.
- C-323/09 Interflora Inc. ja Interflora British Unit vastaan Marks & Spencer plc ja Flowers Direct Online Ltd. ECLI:EU:C:2011:604.
- C-435/12 ACI Adam BV ym. vastaan Stichting de Thuis kopie ja Stichting Onderhandelingen Thuis kopie vergoeding. ECLI:EU:C:2014:254.
- C-127/14 Andrejs Surmačs vastaan Finanšu un kapitāla tirgus komisija.
ECLI:EU:C:2015:522.

C-407/14	María Auxiliadora Arjona Camacho vastaan Securitas Seguridad España SA. ECLI:EU:C:2015:831.
C-481/14	Jørn Hansson vastaan Jungpflanzen Grünewald GmbH. ECLI:EU:C:2016:419.
C-99/15	Christian Liffers vastaan Producciones Mandarina SL ja Mediaset España. ECLI:EU:C:2016:173.
C-367/15	Stowarzyszenie ”Oławska Telewizja Kablowa” vastaan Stowarzyszenie Filmowców Polskich. ECLI:EU:C:2017:36.

Euroopan unionin julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Paolo Mengozzi	3 päivänä syyskuuta 2015 asiassa C-407/14. ECLI:EU:C:2015:534.
Melchior Wathelet	19 päivänä marraskuuta 2015 asiassa C-99/15. ECLI:EU:C:2015:768.
Eleanor Sharpston	24 päivänä marraskuuta 2016 asiassa C-367/15. ECLI:EU:C:2016:900.
L. A. Geelhoed	26 päivä tammikuuta 2006 asiassa Manfredi ym. ECLI:EU:C:2006:67.

Suomi

Korkein oikeus

KKO 1942 II 192

KKO 1950 II 28

KKO 1950 II 451

KKO 1955 II 78

KKO 1968 II 67

KKO 1968 II 81

KKO 16.3.1970 taltio 644

KKO 1975 II 37

KKO 1982 II 121

KKO 1988:20

KKO 1989:87

KKO 1989:151

KKO 1990:26

KKO 1990:79

KKO 1991:42

KKO 1991:79
KKO 1992:44
KKO 1994:74
KKO 1995:3
KKO 1995:202
KKO 1997:63
KKO 1997:141
KKO 1997:181
KKO 1997:208
KKO 1998:80
KKO 1998:91
KKO 1999:6
KKO 1999:115
KKO 2001:42
KKO 2002:101
KKO 2004:49
KKO 2005:43
KKO 2005:66
KKO 2005:105
KKO 2007:63
KKO 2010:47
KKO 2011:92
KKO 2018:21

Hovioikeus

THO R 11/720

Markkinaoikeus

MAO: 234/16

MAO: 271/17

MAO: 565/17

MAO: 527/18

MAO: 27/19

Tekijänoikeusneuvosto

TN 1987:3

Yhdysvallat

Supreme Court Illinois Brick Co. V. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

INTERNET-LÄHTEET

European observatory:

<<https://euipo.europa.eu/ohimportal/fi/web/observatory/about-us>> Viittauksen ajankohta: 5.2.2019.

Länsman & Vuori-Karvia 2014:

Todistustaakka sopimuksenulkoisessa vahingonkorvauksessa, teoksessa: Todistustaakasta riita-asioissa 2014, Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke. Työryhmä: Hermunen, Pauliina – Anttila, Outi – Grönqvist, Inka – Hoppu, Olli – Jalanko, Risto – Kemppinen, Heikki – Länsman, Lauri – Pitkänen, Jerker – Päckilä, Juho – Raappana, Jari – Veranen, Tiina – Vuori-Karvia, Antti. S. 10-16.

<https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/karajaoikeuspainotteistenlaatuhankkeidenraportit/2014/op4hoGzFP/Todistustaakka_riita-asioissa_66_sivua.pdf> Viittauksen ajankohta: 27.2.2019.

Helsingin Sanomat 14.7.2018:

”Asianajajaliitto antoi moitteet tekijänoikeuskirjeitä lähettäneelle asianajajalle – tekijänoikeuslakia rikottu, toiminta hyvän asianajajatavan vastaista.”

< <https://www.hs.fi/talous/art-2000005756306.html>> Viittauksen ajankohta: 17.2.2019.

Johansson, David – Schröder, Vilhelm: IP Kitten: The Enforcement Directive permits punitive damages – or does it?, 24.2.2017:

<<http://ipkitten.blogspot.com/2017/02/the-enforcement-directive-permits.html>> Viittauksen ajankohta: 10.3.2019.

Markkinaoikeuden ohjeet asiamiehille teollis- ja tekijänoikeudellisissa asioissa (1.9.2013):

<https://www.markkinaoikeus.fi/material/attachments/markkinaoikeus/oikeamaoliitetiedostot/6JM7GQUtz/Ohjeet_asiamiehille_teollis_ja_tekijanoikeudellisissa_asioissa_010913.pdf> Viittauksen ajankohta: 15.10.2018.

LYHENNELUETTELO

ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
COM	Communication from the European Commission
EU	Euroopan unioni
EUIPO	Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto (The European Union Intellectual Property Office)
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
HE	Hallituksen esitys
IPR	Immateriaalioikeudet (Intellectual Property Rights)
IPRED	Euroopan parlamentin ja neuvoston 29 päivänä huhtikuuta 2004 antama direktiivi 2004/48/EY teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta (Enforcement of Intellectual Property Rights)
KKO	Korkein oikeus
KM	Komiteanmietintö
KOM	Euroopan komission tiedonanto
MAO	Markkinaoikeus
OHIM	Euroopan unionin sisämarkkinoiden harmonisointi virasto (The Office for the Harmonisation of the Internal Market)
OK	Oikeudenkäymiskaari
PL	Perustuslaki
RL	Rikoslaki
SWD	Commission staff working document
TN	Tekijänoikeusneuvosto
TRIPS-sopimus	Maailman kauppajärjestön sopimus teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista, 1994 (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
VahL	Vahingonkorvauslaki
WTO	World Trade Organization (Maailman kauppajärjestö)

1. JOHDANTO

1.1 Immateriaalioikeuksien suojaaminen Euroopan unionissa

Immateriaalioikeuksien oikeudenhaltijoiden oikeussuojan toteutumisen varmistaminen¹ Euroopan unionissa (EU) perustuu nykyisin Euroopan parlamentin ja neuvoston 29 päivänä huhtikuuta 2004 antamaan direktiiviin 2004/48/EY teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta (ns. ”IPRED” tai ”Enforcement-direktiivi”).² IPRED on ensimmäinen direktiivi, joka koski immateriaalioikeuksien siviilioikeudellista toteuttamista.³ Tarkoituksena oli myös säätää ns. IPRED2-direktiivistä, jolla oltaisiin harmonisoitu loukkauksia koskevat rikosasteikot. Kyseinen hanke ei kuitenkaan toteutunut.⁴

IPRED:n tarkoituksena on lähentää jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä, jotta sisämarkkinoilla voidaan varmistaa teollis- ja tekijänoikeuksien suojan korkea, yhdenvertainen ja yhdenmukainen taso.⁵ IPRED ei ole kuitenkaan ainoa immateriaalioikeudellisen suojan tasoon vaikuttava lainsäädännöllinen instrumentti Euroopassa. Suojaa tarjoavat myös esimerkiksi Bernin yleissopimus kirjallisten ja taiteellisten teosten suojaamisesta (1886) ja Pariisin sopimus teollisoikeuden suojelemisesta (1883). Lisäksi EU:ssa on kutakin immateriaalioikeutta koskevaa erityistä lainsäädäntöä sekä samoja tavoitteita toteuttavia muita oikeudenaloja.⁶

IPRED:n taustalla on vaikuttanut kuitenkin eniten 15 päivänä huhtikuuta 1994 tehty Maailman kauppajärjestön perustamissopimus ja sen II artiklassa tarkoitetut liitesopimukset. Erityisesti liitesopimus teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista (TRIPS-sopimus)⁷ on toiminut direktiivin esikuvana, ja sen johdanto-osassa todetaankin selvennyksenä, että TRIPS-

¹ Tutkielmassa suhtaudutaan varauksella täytäntöönpanon käsitteeseen, koska sen voidaan katsoa liittyvän ennemminkin tuomioiden täytäntöönpanoon. Sen sijaan puhutaan oikeudenhaltijan oikeuksien toteuttamisesta.

² DIRECTIVE 2004/48/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

³ Samana vuonna komissio vahvisti myös ensimmäisen strategian, joka koski myös immateriaalioikeuksien täytäntöönpanoa EU:n ulkopuolella, ks. Heino 2017, s. 42.

⁴ KOM(2006) 168 lopullinen, ehdotus Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiiviksi teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamiseen tähtäävistä rikosoikeudellisista toimenpiteistä. Heino 2017, s. 46.

⁵ IPRED 2004, resitaali 10.

⁶ IPR-strategian ohjausryhmä 2008, s. 22-23. Immateriaalioikeuksien suoja toteutuu kuitenkin myös muiden samanlaiset tavoitteet sisältävien oikeudenalojen kautta, ks. Määttä 2005, s. 116-117.

⁷ Asetus Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen ja sen liitesopimusten voimaansaattamisesta sekä näiden eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta: LIITE 1 LIITE 1C SOPIMUS TEOLLIS- JA TEKIJÄNOIKEUKSIEN KAUPPAAN LIITTYVISTÄ NÄKÖKOHDISTA.

sopimus sitoo sekä EU:ta että jäsenvaltioita.⁸ Kuitenkin IPRED:n kohdalla on kyse myös sen TRIPS-plus suojan luonteesta.⁹ Kyse on siten immateriaalioikeuksia tehokkaammin suojaavista säännöksistä.

TRIPS-sopimuksen 41 artikla velvoittaa jäsenmaat varmistamaan lainsäädännössään menettelyt, jotka mahdollistavat tehokkaat toimet tekijän- ja teollisoikeuksien loukkauksia vastaan mukaan lukien joutuisat oikeuskeinot loukkausten torjumiseksi samoin kuin oikeuskeinot vastaisten loukkausten ehkäisemiseksi. TRIPS-sopimuksesta huolimatta Komission järjestämissä kuulemisissa ilmeni, että EU-jäsenvaltioiden teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamiseen tähtäävät keinot eroavat yhä merkittävästi toisistaan. Yhtenä vakavana ongelmana mainittiin vahingonkorvausten määrän laskeminen immateriaalioikeuksien loukkausten yhteydessä.¹⁰

Suomessa IPRED on implementoitu vuonna 2006 Hallituksen esityksellä 26/2006 laeiksi teollis- ja tekijänoikeuksia koskevan lainsäädännön muuttamisesta. Esityksen mukaan direktiivi täydentää osaltaan TRIPS-sopimusta, mutta edellyttää kuitenkin tietyiltä osin vahvempaa suojaa.¹¹ Lisäksi esityksessä on katsottu, että direktiivin havainnollistava luettelo korvauksen määrään vaikuttavista seikoista (mukaan lukien loukkaajan saama perusteeton etu ja aineeton vahinko) ei edellytä lainsäädännön muutoksia. Perusteena tälle mainitaan se, että kotimainen lainsäädäntö ja direktiivi perustuvat jo täyden korvauksen periaatteeseen. Myös käyttökorvauksen eli hyvityksen on katsottu vastaavan direktiivin vaatimuksia. Kuitenkin tavaramerkkilakia muutettiin vastaamaan sanamuodoltaan muuta immateriaalioikeudellista lainsäädäntöä.¹²

Hallituksen esityksessä ei ole kuitenkaan otettu huomioon immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen liittyviä ongelmia. Esityksessä on ainoastaan todettu, että kotimainen oikeustila vastaa IPRED:n asettamia vaatimuksia, mutta siinä on sivuutettu direktiivin tarkoitus mitä tulee esimerkiksi tehokkuuden ja varoittavuuden vaatimuksiin.¹³ Sama koskee aineettoman vahingon korvaamista ja loukkaajan saaman perusteettoman edun merkitystä. Olisikin tärkeää aidosti pohtia, miten immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus olisi järjestettävä Suomessa.

⁸ IPRED 2004, resitaali 4.

⁹ Norrgård 2004, s. 443. Toisaalta myös TRIPS-sopimus on asettanut vain vähimmäissuojan tason, ks. lisää Correa 2007, s. 427. Osa TRIPS-sopimuksen jäsenvaltioista tavoittelee TRIPS-plus suojaa, mutta on myös sopijavaltoita, jotka täyttävät välttävästi sopimuksen minimivaatimukset, ks. Trainer 2008, s. 48.

¹⁰ IPRED 2004, resitaali 7. Lainsäädännölliset eroavaisuudet ovat ymmärrettävisä, koska TRIPS-sopimuksen tarkoituksena ei ollut harmonisoida EU:n sisämarkkinoita vaan keskittyä kansainväliseen kaupankäyntiin, ks. Stamatoudi 2014, s. 531.

¹¹ HE 26/2006 vp, s. 4.

¹² HE 26/2006 vp, s. 14.

¹³ IPRED, artikla 3.

1.2 Ongelmat ja tutkimuskysymykset

Immateriaalioikeudelliset korvaukset voivat olla tosiasiallisesti aiheutuneeseen vahinkoon nähden seuraavanlaisia: a) korvaus on alhaisempi kuin aiheutunut vahinko, b) korvaus vastaa aiheutunutta vahinkoa (kompensaatio) tai c) korvaus on suurempi kuin aiheutunut vahinko (rangaistusluonteinen korvaus). Ongelmana on nykyisin se, että immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen määrää on ollut vaikeata laskea täsmällisesti. Tämä johtuu erityisesti näyttöongelmista ja siitä, etteivät tuomioistuimet välttämättä ota täysimääräisesti huomioon kaikkia loukkauksesta oikeudenhaltijalle aiheutuneita kuluja. Varsinkin aineettoman (”ei-taloudellinen” tai ”moraalinen”) vahingon, toisin sanoen kärsimyksen, näyttäminen toteen on ollut vaikeaa, minkä vuoksi oikeudenhaltijat ovat jääneet vaille täyttä korvausta aiheutuneesta vahingosta. Sama koskee myös markkinahäiriövahinkoa, joka on luonteeltaan kuitenkin taloudellinen. Loukkaaja ei saisi myöskään hyötyä toisen oikeuksien oikeudettomasta hyödyntämisestä.

Viimeaikainen kehitys EU:ssa on tähän liittyen avannut keskustelun immateriaalioikeudessa sovellettavista rangaistusluonteisista korvauksista. Kehityksellä tarkoitetaan tässä ennen muuta EUT:n oikeuskäytäntöä, IPRED:n seuraamusten varoittavuuden vaatimusta, loukkaajan saaman liikevoiton palauttamista oikeudenhaltijalle ja aineettomien vahinkojen korvaamista. Tämän johdosta on perusteltua selvittää, miten edellä mainittu kehitys tulisi huomioida Suomessa ja voidaanko immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen yleisiä oppeja uudistamalla ratkaista nykyiset vahingonkorvaukseen liittyvät edellä todetut ongelmat. Tutkimuskysymys on siten seuraavanlainen:

”Voidaanko rikastumiskiellon soveltamisesta luopua immateriaalioikeuksien loukkaamisesta tuomittavan vahingonkorvauksen yhteydessä, ja olisiko se tarkoituksenmukainen ja hyväksyttävä keino uudistaa immateriaalioikeuden yleisiä oppeja vahingonkorvaukseen liittyvien ongelmien ratkaisemiseksi?”

1.3 Metodi

Tässä tutkielmassa pääasiallisena metodina käytetään perinteistä lainopillista eli oikeusdogmaattista metodologia, jonka avulla selvitetään oikeusnormien sisältö ja systematisoidaan niitä. Teoreettisessa lainopissa erotellaan ja jäsennellään oikeudellisia käsitteitä, mikä mahdollistaa oikeussääntöjen tulkinnan yhteiskunnallisten vaatimusten mukaisesti. Erityisesti vahingonkorvausoikeudelliset asiat perustuvat hyvin pitkälti yleisiin oppeihin,¹⁴ jotka voivat muodostua ainoastaan oikeuden pintatasolta

¹⁴ Aarnio 1997, s. 43-44.

lähtevän ja yksittäisiin kannanottoihin perustuvan kehityksen seurauksena.¹⁵ Tähän liittyen tutkielman kannalta merkittävin käsite on rikastumiskielto ja sen soveltuvuus immateriaalioikeudellisten loukkausten yhteydessä. Lisäksi immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen käsite ymmärretään tutkielmassa laajassa mielessä tarkoittavan sekä vahingonkorvausta että hyvitystä, mikä johtuu siitä, että IPRED ei sisällä kansallista hyvitystä sellaisenaan.

Vaihtoehtoisessa tai kriittisessä lainopissa systeemikritiikin tarkoituksena on kyseenalaistaa eri säännösten keskinäinen hierarkia. Tällöin esimerkiksi pääsäännön asema juuri pääsääntönä voidaan kyseenalaistaa. Oikeus voidaan nähdä myös pragmaattisena työkaluna, jolla pyritään saavuttamaan yhteiskunnallisia tavoitteita.¹⁶ Samalla myös tiedostetaan, että oikeusjärjestys pitää aina sisällään erilaisia arvoristiriitoja, koska oikeudellinen aineisto on laadittu eri aikoina ja sen taustalla vaikuttaa erilaisten intressien tasapainottaminen. Ristiriitoja ilmenee ainakin eri säännösten tavoitteiden välillä sekä oikeussääntöjen välillä konkreettisesti. Yleisten oppien muodostamisessa ristiriitaisuus näkyy siten, että on mahdotonta muodostaa yhtä koherenttia systeemiä, vaan on tyydyttävä kokoamaan useita mahdollisia systeemejä oikeusjärjestyksen pohjalta.¹⁷ Tutkielmassa immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus nähdään varsin itsenäisenä kokonaisuutena, joka eroaa perinteisen vahingonkorvausoikeuden yleisistä opeista. Sen vuoksi sitä tulisi tulkita omana koherenttina systeeminään, koska jo immateriaalioikeus itsenäisenä oikeudenalana sisältää toisistaan poikkeavia oikeuksia. Tällöin rikastumiskielton asema yhtenä yleisen vahingonkorvauksen pääperiaatteena ei suoraan tarkoittaisi sitä, että näin on myös immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa. Immateriaalioikeuden erityisluonne on näin ollen yksi koko tutkielman läpi kulkevista teemoista.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa voidaan kehittää oikeusjärjestystä myös kartoittamalla sen rajoja ja mahdollisesti laajentamalla niitä. Tällöin selvitetään sitä, mikä on oikeastaan oikeudellisesti mahdollista. Sen on vähintäänkin jollakin tavalla liittyttävä voimassa olevaan oikeusjärjestykseen. Oikeudellisesti mahdollisessa voi olla kyse vähemmän tunnetun oikeustapauksen tarkastelusta tai poikkeussäännön soveltamisalan laajentamisesta huomioon ottaen yhteiskunnan poliittinen ja taloudellinen tilanne.¹⁸ Oikeuden näkeminen mahdollisuutena sallii huomion kiinnittämisen uudenlaisiin lähestymistapoihin, mikä puolestaan antaa mahdollisuuden tarkastella ajankohtaisia kysymyksiä.¹⁹ Tutkielmassa on kyse juuri siitä, mikä on oikeudellisesti mahdollista. Oikeudellisesti

¹⁵ Tuori 2007, s. 134-135.

¹⁶ Wilhelmsson 1997, s. 341-344.

¹⁷ Wilhelmsson 1997, s. 344-346.

¹⁸ Wilhelmsson 1997, s. 347-348.

¹⁹ Wilhelmsson 1997, s. 349-350.

mahdollisen selvittämisessä nostetaan esille vähemmän tunnettuja ratkaisuja kotimaisesta oikeuskäytännöstä ja huomioidaan myös vanhemmassa kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyt osuvia kannanottoja vahingonkorvauksesta, joiden unohdettu merkitys on tullut ajankohtaiseksi IPRED:n säätämisen myötä.

Tutkielman kritiikki voimassa olevaa oikeusjärjestystä kohtaan perustuu immateriaalioikeudellisen suojan tarkoitukseen ja oikeudenmukaisuuteen. Esimerkiksi patenttijärjestelmää voidaan tulkita teleologisesti siten, että tarkastellaan sen tarkoitusta järjestelmänä. Sen vuoksi erilaisista tulkintavaihtoehdoista tulisi valita aina patenttijärjestelmää parhaiten tukeva vaihtoehto. On kuitenkin huomattava, että käsitykset patenttijärjestelmän tarkoituksesta vaihtelevat ja se voikin toteuttaa samaan aikaan erilaisia tavoitteita.²⁰ Tutkielmassa lähdetään siitä, että suojan taso ei saa olla liian vahva tai heikko.²¹ Sen takia oikeudenhaltijoiden edun varmistaminen ei voi olla suojajärjestelmän ainoa tavoite, vaikkakin seuraamusten riittävä tehokkuus on kuitenkin oikeuksien toteutumisen kannalta välttämätöntä. Tarkastelussa huomioidaan siten myös seuraamusten oikeasuhtaisuus.

Vertaileva oikeustiede puolestaan tarkoittaa ulkomaisten oikeuslähteiden hyödyntämistä kansallisten rinnalla käyttäen vertailun avulla saatua tietoa esimerkiksi normatiivisesti, kriittisesti tai deskriptiivisesti. Tällöin tutkimuksen argumentaation laatu paranee.²² Toisaalta ulkomaista oikeutta ja aineistoa voidaan käyttää myös kansallista tutkimusta palvelevassa tarkoituksessa, jolloin ei voida puhua puhtaasta oikeusvertailusta. Ulkomainen aineisto toimii silloin asiaperusteluna tai esimerkkinä, jolloin tutkijan ei tarvitse olla selvillä vieraan oikeusjärjestyksen muusta sisällöstä.²³ Tässä tutkielmassa käytetään ulkomaista aineistoa ainoastaan konkreettisenä esimerkkinä siitä, miten immateriaalioikeudellinen vahingonkorvauksen rangaistusluonteisuus ilmenee mahdollisesti muissa EU-jäsenvaltioissa.²⁴ Tämän pohjalta on mahdollista arvioida sitä, miten asia on järjestetty Suomessa tai miten sitä tulisi muuttaa. Yhdysvallat olisi mielenkiintoinen vertailukohde rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen suhteen, mutta tämän tutkielman puitteissa ei ole mahdollista vertailla perusteellisesti Suomen ja Yhdysvaltojen oikeusjärjestyksiä.

1.4 Rajaukset ja dispositio

Tutkielman aiheella on liityntöjä moneen eri oikeudenalaan: tarkemmin sanottuna immateriaali-, vahingonkorvaus-, EU- (IPRED-liitynnät), rikos- (prevention tavoite) ja prosessioikeuteen

²⁰ Norrgård 2009, 38-39.

²¹ Norrgård 2005, s. 507.

²² Husa, Mutanen & Pohjolainen 2008, s. 23-24. Husa 2013, s. 30-34.

²³ Norrgård 2002, s. 29-30.

²⁴ Tarkastelun kohteena ovat ainoastaan EU-jäsenvaltiot, joiden immateriaalioikeudellinen lainsäädäntö sisältää rangaistusluonteiseksi katsottavissa olevia piirteitä. Tällöin osa jäsenmaista rajautuu tarkastelun ulkopuolelle.

(näyttökynnys). Tutkielmassa käsitellään lisäksi seuraamuksia, jotka liittyvät hallinto-, työ- ja kilpailuoikeuteen. Toisaalta myös perusoikeudet liittyvät aiheeseen perustuslain (PL) 15 §:n mukaisen omaisuuden suojan kautta.²⁵

Tarkoituksena on keskittyä immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen ja sen suuruuden määräytymiseen, mikä liittyy luonnollisesti vahvasti EU-oikeuteen. Sen sijaan itse loukkausteot jäävät tarkastelun ulkopuolelle. Samoin vahingonkorvausoikeuden osalta sivutaan vain sen yleisiä periaatteita, mutta esimerkiksi tahallisuuden ja tuottamuksen syvällisempään käsittelyyn ei ole mahdollisuuksia.

Tarkastelu pidetään koko ajan kuitenkin tarpeeksi laajana, koska erilaiset normit on erotettu perinteisesti liian suppeiksi erityisosiksi tarkastelematta niitä osana koko varallisuus- tai siviilioikeudellista järjestelmää. Periaatteiden muodostaminen onnistuukin vain tarkastelemalla varallisuus oikeutta muiden oikeudenalojen kautta ja rakentamalla oikeussysteemin yhdenmukaisuutta.²⁶ Tutkielmassa tämä toteutuu muiden oikeudenalojen esimerkkien käsittelyn ja analogiapäätelmien avulla. Tällaisella laajemmalla tarkastelulla on mahdollisuus selvittää rangaistusluonteisten korvausten sallittavuutta kansallisesti. Toisaalta kyseisten korvausten sallittavuus immateriaalioikeudessa merkitsisi sen aikaisempaa vahvempaa eriytymistä yleisestä vahingonkorvausoikeudesta.

Tarkastelu aloitetaan yleisen vahingonkorvausoikeuden ja immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen suhteesta. Sen jälkeen käydään läpi IPRED:n vaatimusten perusteella taloudellisen vahingon ja aineettoman vahingon korvaaminen sekä loukkaajan saaman perusteettoman edun palauttaminen. Korvausten määräytymisestä siirrytään immateriaalioikeudellisen hyvityksen eritysluonteen selvittämiseen. Lopuksi tuodaan esille immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen liittyviä rangaistusluonteisia piirteitä.

²⁵ Immateriaalioikeudet kuuluvat PL 15 §:n omaisuuden suojaan, ks. HE 309/1993, s. 62. Immateriaalista omaisuutta voidaan käyttää samankaltaisesti kuin materiaalista omaisuutta. Immateriaalioikeuksia on mahdollista luovuttaa esimerkiksi myymällä tai lahjoittamalla taikka niitä voidaan hyödyntää vakuutena, ks. Innanen & Jäske 2014, s. 19. Myös vahingonkorvausta voidaan tarkastella perusoikeusnäkökulmasta, ks. Mielityinen 2006, s. 185.

²⁶ Karhu 2007, s. 185.

2. IMMATERIAALIOIKEUDELLINEN VAHINGONKORVAUS

2.1 Immateriaalioikeudellisen suojan tarve ja oikeasuhtaisuus

2.1.1 Suojan tarve

Kansainvälisen kaupan vapautuminen on 2000-luvulla johtanut aineettomien oikeuksien arvon kasvamiseen. Kansainvälinen kehitys on ollut myös nopeaa, josta esimerkkeinä toimivat Euroopan patenttijärjestelmä, Maailman kauppajärjestön (WTO) perustaminen, TRIPS-sopimus ja EU:n kasvava rooli. Myös työ- ja elinkeinoministeriön IPR-strategian ohjausryhmän arvion mukaan viime aikaisia megatrendejä ovat olleet globalisaatio, digitalisoituminen, konvergenssi, IPR-kentän politisoituminen sekä ekspansio.²⁷ Samalla digitalisoituminen on helpottanut immateriaalioikeuksien loukkaamista tehden siitä kannattavaa. Kehitys on johtanut kansainvälisesti ja kansallisesti immateriaalioikeuksien rekisteröintien ja loukkausten lisääntymiseen.²⁸ Yksi kehitykseen johtaneista syistä on myös loukkaustoiminnan teollistuminen. Ennen väärennöksiä valmistettiin suurimmaksi osaksi käsityönä, mutta nykyään toiminta on jo melkein täysin teollista.²⁹

Eri immateriaalioikeuksien suojaamisen taustalla vaikuttavat tavoitteet ovat hyvin samankaltaisia. Esimerkiksi patentteja suojataan yksinoikeudella, jotta kannustin keksintöjen tekemiseen säilyisi.³⁰ Eurooppalaisessa perinteessä tekijänoikeuden on katsottu syntyvän tekijän luomistyön tulokseen omistusoikeutta muistuttavalla tavalla. Sen sijaan Yhdysvalloissa kyse on ollut enemmän yhteiskunnallisten ja taloudellisten vaikutusten korostamisesta.³¹ Tekijänoikeuden yhtenä tarkoituksena voi nykyisin olla kuitenkin kannustaminen henkiseen luomistyöhön tarjoamalla suojaa teoskynnyksen ylittävälle itsenäisille ja omaperäisille teoksille.³² Tavaramerkkien tarkoituksena on hyödyttää sekä kuluttajia että tavaramerkinhaltijoita mm. alkuperän ja laadun osoittamisen avulla. Mallioikeuden tarkoitus on puolestaan mm. kannustaa muotoilutoimintaan ja samalla turvata

²⁷ IPR-strategian ohjausryhmä 2008, s. 11. HE 26/2006, s. 4.

²⁸ Kulttuurin ja yhteiskunnan tutkimuksen toimikunta 2000, s. 1-2.

²⁹ COM/2003/0046 final - COD 2003/0024, s. 12.

³⁰ Määttä 2005, s. 118.

³¹ Haarmann 2014, s. 7.

³² Määttä 2005, s. 129. Katson, että Määtän näkemys on taloudellinen ja yhtiöiden näkökulmaa korostava, mikä saattaa kuitenkin olla nykyään perusteltua. Tekijänoikeuden suojaamisen taloudellinen merkitys on korostunut esimerkiksi immateriaalioikeuksien kasvaneen investointiluonteen vuoksi. Yksittäisen tekijän oikeuksien suojaaminen ja moraalisien oikeuksien toteutumisen varmistaminen ovat kuitenkin yhtä tärkeitä tehtäviä, eikä niitä tulisi unohtaa vahingonkorvausta laskettaessa.

muotoiluun tehtyjä investointeja.³³ Immateriaalioikeuksien kehittäminen ja ideointi saattavat kestää kauan, ja ne vaativat yritykseltä taloudellista panostusta.³⁴

Yhteiskunnan kehittyminen on johtanut myös siihen, että immateriaalioikeudellinen suoja muistuttaa nykyisin yhä enemmän investointisuoja.³⁵ Uusi teknologia vaatii suuria investointeja, joista hyötyminen tulevaisuudessa on turvattava jollakin tavalla. Myös henkisen pääoman merkitys yrityksille on kasvanut huomattavasti, koska esimerkiksi yrityksen omistama tavaramerkki voi olla arvokkaampi kuin sen omistama muu omaisuus yhteensä.³⁶ Valtion talouden tarkastusvirasto (VTV) antanut raportissaan arvion, että 75 % yritysvarallisuudesta muodostuisi aineettomista oikeuksista.³⁷ Myös Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto (EUIPO) ja Euroopan unionin sisämarkkinoiden harmonisointi virasto (OHIM) teettivät vuonna 2013 tutkimuksen immateriaalioikeuksien taloudellisesta arvosta. Tutkimuksesta käy ilmi, että immateriaalioikeuksien käytöllä on nykyään yhteys kannattaviin ja työpaikkoja luoviin aloihin. Immateriaalioikeuksien muodostaessa suuren osan niitä hyödyntävien yritysten arvosta niiden suojaaminen on hyvin tärkeää yrityksen hyvinvoinnin kannalta.³⁸

Immateriaalioikeuksien loukkaaminen aiheuttaa siten oikeudenhaltijoille tulon menetyksiä estämällä tehdyistä investoinneista nauttimisen. Vakavimmat ongelmat liittyvät tällä hetkellä väärennetyihin tuotteisiin ja piratismiin, koska trendinä on ollut sekä väärennettyjen tuotteiden valmistamisen että piratismin kasvu. Samaan aikaan oikeudenhaltijoilla ei ole ollut riittäviä keinoja puuttua näihin loukkauksiin.³⁹ Näin ollen ilman tehokasta asiaan puuttumista oikeudenhaltijoiden tulonmenetykset kasvaisivat, investointihalukkuus vähenisi ja kuluttajien valinnanvapaus pienenesi. Lisäksi turvallisuus- ja terveysriskit kasvaisivat ja myös konkretisoituisivat väärennettyjen tuotteiden myötä.⁴⁰

Korkeamman suojan tason saavuttamista on kuitenkin estänyt jäsenvaltioiden tapa soveltaa IPRED-direktiiviä.⁴¹ Komissio on myös todennut, että direktiivillä ei ole ollut yhteistä tulkintamallia, jota

³³ Määttä 2005, s. 136 ja 146. Suojan kannustinvikutusta ei kuitenkaan voida tutkia täysin oikeustieteen puitteissa, vaan siihen vaadittaisiin myös empiirisiä ja taloustieteellisiä menetelmiä, ks. Oesch 2017, s. 9.

³⁴ Innanen & Jäske 2014, s. 19.

³⁵ Pihlajarinne 2012, s. 38 ja 43. Investointisuoja turvaa osaltaan oikeudenhaltijan toimeentulon, joten sen taustalla on edelleen sama tavoite kannustaa luovaan työhön.

³⁶ Kulttuurin ja yhteiskunnan tutkimuksen toimikunta 2000, s. 2, 23 ja 31. Mielenkiintoista on se, että aikaisemmin tavaramerkin katsottiin olevan niin taloudellinen oikeus, ettei siihen liittyisi lainkaan oikeudenhaltijalle aiheutuvaa aineetonta vahinkoa. Ks. Brusiin 1953, s. 136-137.

³⁷ IPR-strategian ohjausryhmä 2008, s. 29.

³⁸ Innanen & Jäske 2014, s. 16.

³⁹ European commission support study 2017, s. 8.

⁴⁰ European commission support study 2017, s. 10. HE 26/2006, s. 17.

⁴¹ European commission support study 2017, s. 11-12. IPRED:n yhtenä tarkoituksena on ollut oletettavasti puuttua erityisesti vuonna 2004 Unioniin liittyneiden uusien jäsenvaltioiden lainsäädäntöön, ks. Chaudhry & Zimmerman

olisi sovellettu kaikissa jäsenmaissa yhtenäisesti. Tämä johtuu siitä, että jäsenmaat ovat implementoineet direktiivin eri tavoin osaksi kansallista lainsäädäntöä.⁴² Suurin syy esimerkiksi tekijänoikeuksien loukkaamiselle on se, että se on käytännössä ilmaista.⁴³ Näin voidaan olettaa olevan myös muiden immateriaalioikeuksien kohdalla. Suojan tasoon liittyen on merkityksellistä, että loukkaava toiminta keskittyy EU:ssa sellaisiin maihin, jotka eivät toteuta immateriaalioikeudellista suojaa tehokkaasti. Laittoman toiminnan keskittyminen tiettyihin valtioihin johtaa kilpailun vääristymiseen sisämarkkinoilla. Tämä johtuu siitä, että laillisesti toimivat yritykset menettävät sekä markkinaosuuksiaan että kärsivät mainehaittaa. Erityistä haittaa aiheutuu yrityksille, jotka markkinoivat tuotteitaan omaperäisyydellä ja laadulla. On myös samalla kyse oikeudenhaltijoiden oikeusturvasta, koska he saattavat joutua vastaamaan syytöksiin, jotka koskevat jäljennettyjä tuotteita. Kaiken lisäksi selvittelykustannukset (tutkimus, asiantuntijat ja oikeudellinen apu) aiheuttavat oikeudenhaltijoille merkittäviä lisäkustannuksia.⁴⁴

Loukkaukset saavat kuitenkin erilaisen merkityksen riippuen niiden osapuolista. Ensinnäkin kyse voi olla kahden yrityksen välisestä kilpailusta, jolloin asetelma on suhteellisen tasapuolinen. Toisaalta kyse voi olla myös elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisestä suhteesta. Rikollisen toiminnan puitteissa kyse on yleensä väärentäjän ja oikeudenhaltijan suhteesta. On kuitenkin yleistä, että myös yksittäiset luonnolliset henkilöt toimivat loukkaajina esimerkiksi internet-piratismissa. Luonnolliset henkilöt saattavat olla tällöin kuitenkin eri asemassa väärentäjiin nähden, koska he toimivat väärentäjien asiakkaina. Tällöin suurempi vastuu on kyseisen toiminnan harjoittajalla.⁴⁵

Tässä kohtaa on olennaista todeta, että tässä tutkielmassa tarkoituksena ei ole niinkään keskittyä oikeudenhaltijoiden aseman parantamiseen suhteessa yksittäisten henkilöiden tekemiin immateriaalioikeusloukkauksiin. Myös Euroopan komissio on tiedostanut, että taistelu väärennöksiä ja piratismia vastaan on itse asiassa taistelua rikollisjärjestöjä vastaan. Immateriaalioikeuksien loukkaaminen on väitetty olevan rikollisille jopa houkuttelevampaa kuin huumekauppa, koska kiinnijäämisen riski ja mahdolliset seuraamukset ovat vähäisiä. Komission tarkoituksena on ollut keskittyä suurten toimijoiden tekemisiin, eikä niinkään yksityisten luonnollisten henkilöiden

2013, s. 115.

⁴² COM(2017) 708 final, s.1. SWD(2017) 431 final, s. 2. Erityisesti vahinkojen laskentatavat poikkeavat toisistaan jäsenvaltioiden välillä.

⁴³ European commission support study 2017, s. 42.

⁴⁴ COM/2003/0046 final - COD 2003/0024, s. 3 ja 9. Wal & Schaik 2008, s. 67.

⁴⁵ Ks. esim. Norrgård 2005, s. 514.

satunnaisiin ja pieniin loukkaustekoihin. Loukkausten torjuminen on erittäin tärkeää silloin, kun kyseessä on kaupallinen toiminta, joka aiheuttaa suuria vahinkoja oikeudenhaltijalle.⁴⁶

Tehoton rankaiseminen väärentämisestä ja tavaroiden laittomasta valmistamisesta johtaa epäluottamukseen sisämarkkinoita kohtaan. Huoli on aiheellinen. Miksi toimia markkinoilla, jotka eivät kykene kehittämään toimintaansa ja suojaamaan oikeudenhaltijoiden oikeuksia loukkauksia vastaan? Epäluottamus puolestaan aiheuttaa innovaatioiden ja luovan toiminnan vähenemistä Euroopan unionin alueella.⁴⁷ Tulevaisuuden kannalta immateriaalioikeudellisessa tutkimuksessa on tärkeää kiinnittää huomiota kansallisen ja kansainvälisen oikeuden suhteeseen ja erityisesti epäyhtenevien käsitteiden käyttämiseen.⁴⁸ Yhtenä keskeisenä tavoitteena on myös luoda parempia teorioita immateriaalioikeuksien arvon määrittämiseksi.⁴⁹ Oikeuksien tehokas toteutuminen varmistetaan Suomessa oikeuksien selkeydellä, oikeasuhtaisuudella ja oikein kohdentamisella.⁵⁰

Suojan tarpeellisuuden perusteiden luotettavuutta voidaan kuitenkin aina kritisoida. Virastojen, kuten EUIPO, keräämät tiedot väitetyistä haitoista herättävät välillä kysymyksiä tutkimustietojen luotettavuudesta. Kysymys on siitä, miten kyselyt on toteutettu. Ei ole myöskään yksiselitteistä, miten tilastojen esittämät vahingot on laskettu.⁵¹ Jo rikollisen luonteen vuoksi loukkauksien määrää on hyvin vaikea selvittää. Kyselytutkimuksissa yhtiöillä on myös tapana liioitella tulevaisuuden näkymiään. Viranomaisten väitteet väärentämisen kasvusta voivat perustua myös esimerkiksi aiempaa tarkempaan valvontaan.⁵² Jos vahingonkorvauksien tuomitseminen on vaikeaa, oletettavasti myös loukkausten yhteiskunnallisten seurausten arvioiminen on vaikeaa.

2.1.2 Suojan oikeasuhtaisuus

Immateriaalioikeuksien suojaa on myös pidetty liian tehokkaana siten, että se rajoittaa jopa perustuslaissa mainittuja vapauksia ja oikeuksia. Osaltaan kritiikkiä voidaan pitää aiheettomana, koska immateriaalioikeudet ovat tarkasti rajattuja. On otettava huomioon myös esimerkiksi pakkolisenssien ja vapaiden muunnelmien merkitys.⁵³ Ajankohtaisena kiistakysymyksenä on ollut tekijänoikeusdirektiivin muuttaminen vastaamaan digitaalisen ajan haasteita.⁵⁴

⁴⁶ Press release IP/04/316: Commission welcomes European Parliament support against counterfeiting and piracy. COM/2003/0046 final - COD 2003/0024, s. 3. Norrgård 2004, s. 445.

⁴⁷ COM/2003/0046 final - COD 2003/0024, s. 10.

⁴⁸ Kansalliset vahingonkorvaussäännökset eivät ole ehkä niin yhteneviä IPRED:n kanssa kuin on haluttu kuvitella.

⁴⁹ Kulttuurin ja yhteiskunnan tutkimuksen toimikunta 2000, s. 27-28 ja 31.

⁵⁰ IPR-strategian ohjausryhmä 2008, s. 42.

⁵¹ Hilty 2012, s. 11. Mylly 2004, s. 160.

⁵² Blakeney 2012, s. 2.

⁵³ Oesch 2017, s. 1-3.

⁵⁴ Komission Ehdotus Euroopan parlamentin ja Neuvoston direktiiviksi tekijänoikeudesta digitaalisilla sisämarkkinoilla, KOM(2016) 593 lopullinen.

Immateriaalioikeudelliset lait pyrkivät ensinnäkin tasapainoon yksityisen ja yleisen edun välillä. Erityisesti goodwill-arvon suojaaminen hyödyttää sekä oikeudenhaltijaa että kuluttajia, minkä vuoksi se palvelee samaan aikaan yleistä ja yksityistä etua. Jos immateriaalioikeudet ymmärretään oikein ja niitä tulkitaan oikealla tavalla, ei ongelmaa suhteessa muihin oikeuksiin synny. Omaisuuden suojan taustalla vaikuttaa oikeudenmukaisen omaisuuden jaon tavoite (esim. investoinneille on turvattava suoja). Lisäksi kilpailuoikeudelliset säännökset toteuttavat yleistä etua silloin, kun yksinoikeuksia käytetään väärin.⁵⁵

Suojajärjestelmään suhtaudutaan puhtaasti vihamielisesti osittain siitä syystä, että alan terminologian ja yleisen käytännön ymmärtäminen vaativat asiantuntijuutta. Tämä johtaa oikeuspoliittiseen paineeseen korostaa yleistä etua, jotta yhden ammattikunnan merkitys ei korostuisi liikaa.⁵⁶ Toisaalta myös kansalaisten halu pitää kiinni oikeuksistaan, oli ne sitten perusteltuja tai ei, aiheuttaa negatiivista julkista keskustelua uudistuksista.⁵⁷ Esimerkiksi Pirate Bay -oikeudenkäynnin poliittinen luonne on johtanut Ruotsissa siihen, että oikeudenhaltijoiden asemaa parantavia uudistuksia on ollut vaikea implementoida tehokkaasti.⁵⁸

Immateriaalioikeudellinen suoja perustuu omaisuuden suojaan, mutta sitä tulee punnita suhteessa muihin perusoikeuksiin kuten sananvapauteen ja elinkeinovapauteen nähden. Omaisuudensuoja ei siten saa muodostua liian vahvaksi verrattuna muihin oikeuksiin.⁵⁹ Voidaan katsoa, että myös immateriaalioikeudet edistävät ja toisaalta rajoittavat elinkeinovapautta. Omaisuudensuojan lisäksi immateriaalioikeuksia tukee myös PL 16 §:n tieteiden ja taiteiden vapaus. Olisikin pyrittävä saavuttamaan ratkaisu, jossa kaikki perusoikeudet toteutuvat parhaiten.⁶⁰ Ei tule myöskään unohtaa, että loukkaajalle tulee turvata oikeudenmukainen oikeudenkäynti, josta ei voida tinkiä millään perusteella.⁶¹

Toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tukee myös oikeudenhaltijan suorittamaa yksinoikeusien valvontaa. Samoin EIS:n 13 artiklan turvaama oikeus tehokkaiseen oikeussuojakeinoihin koskee yksinoikeusien puolustamista oikeudettomia loukkauksia vastaan. Myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artikla turvaa

⁵⁵ Oesch 2017, s. 6-7 ja 12-13.

⁵⁶ Oesch 2017, s. 10.

⁵⁷ Chaudhry & Zimmerman 2013, s. 29.

⁵⁸ Alvings 2011, s. 4 ja 7. Poliittista vastarintaa johtaa myös Suomessa ainakin piraattipuolue, ks. lisää Apajalahti & Sotala 2010. IPRED-direktiiviä on myös kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa haukuttu yhdeksi huonoimmaksi direktiiviksi, joka on koskaan laadittu, ks. Mylly 2012, s. 213.

⁵⁹ Pihlajarinne 2014(a), s. 869.

⁶⁰ Pihlajarinne 2012, s. 32-33.

⁶¹ Norrgård 2005, s. 511.

oikeuden tehokkaksiin oikeussuojakeinoihin.⁶² Immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa tämä tarkoittaa seuraamusten riittävää tehokkuutta. Immateriaalioikeus on tehokas ja niin sanottu todellinen oikeus vain, jos oikeudenhaltija saa täyden korvauksen loukkauksen aiheuttamasta vahingosta.⁶³

Perusoikeuksien rajoittaminen suhteellisuusperiaatetta noudattaen on kuitenkin mahdollista toisen perusoikeuden toteuttamiseksi.⁶⁴ Immateriaalioikeudelliset yleiset opit eivät ole ehkä niin vahvoja, minkä vuoksi uusien tilanteiden kohdalla joudutaan turvautumaan perusoikeusargumentaatioon, mikä ei ole aina kuitenkaan luontevaa. Esimerkiksi tekijänoikeuden yhdistäminen omaisuuden suojaan on kritiikille altista, jos sillä argumentoidaan pintarakenteen tai edes yleisten oppien puolesta. Toisaalta sananvapauteen ja elinkeinonvapauteen liittyvät perustelut ovat kuitenkin vähemmän merkityksellisiä laittomien aineistojen osalta, jolloin omaisuuden suojalla on enemmän merkitystä.⁶⁵ Rikollinen tai muuten tahallisen loukkaava toiminta ei voi saada tukea perustuslaista.

Toisaalta vahingonkorvauksella on samansuuntaiset tavoitteet perusteettoman edunpalautuksen kanssa. Näin ollen oikeasuhtaisuutta voidaan tarkastella myös edunpalautuksen näkökulmasta, jonka taustalla ovat yhteiskunnallinen yleinen etu ja taloudellisen toiminnan asettamat vaatimukset.⁶⁶ Merkittävää on, että perusteettoman edun saajaa koskee omistusoikeus yhtä lailla kuin edun menettänyttä osapuolta. Omaisuuden suojaan liittyy kiinteästi luottamuksen suoja eli luottamus siihen, että omaisuutta suojataan. Edunpalautus tarkoittaa puuttumista siihen, miten osapuolet ovat toimineet toiminnanvapauden piirissä. Tämän vuoksi sillä on yhteneväisyyttä perusoikeuksien rajoittamisharkinnan kanssa.⁶⁷ Tämän takia tärkeää on myös huomioda elinkeinonvapauden ja omaisuuden suojan yhteisvaikutus, joka suojaa asianmukaisesti otettua liikeriskiä. Harkinnassa voidaan huomioda se, oliko hyötyminen seurausta hyötyä saaneen osapuolen ottamasta liikeriskistä. Näin voidaan arvioida, onko kyse satunnaisesta edusta vai ei.⁶⁸

Usein loukkaavaa toiminta liittyy yleisön saataville saattamiseen, jolloin esimerkiksi standardoitu hyvitysmaksu törmää informaation vapaan saatavuuden periaatteeseen ja sananvapauteen. Karhu katsookin, että käyttökorvausta määritettäessä lisenssikorvauksen sijaan otettaisiin huomioon ennemminkin käytön asianmukaiset tavoitteet.⁶⁹

⁶² Eloranta 2017, s. 261-263.

⁶³ Oesch 1989, s. 67-68. Hilty 2012, s. 11.

⁶⁴ Ks. lisää Pihlajarinne 2012 s. 33-37.

⁶⁵ Pihlajarinne 2012, s. 40-41.

⁶⁶ Karhu 2007, s. 184.

⁶⁷ Karhu 2007, s. 183.

⁶⁸ Karhu 2007, s. 184.

⁶⁹ Karhu 2007, s. 190.

Kaiken kaikkiaan IPRED tarjoaa mahdollisuuden soveltaa sekä heikkoa että vahvaa seuraamusideologiaa. Vahvan seuraamusideologian mukaan oikeudenhaltijoiden saavutuksia tulee suojella, mikä voi johtaa myös lailliseen yritystoimintaan puuttumiseen. Tämä johtuu siitä, että oletettujen loukkausten kautta seuraamusten tuomitseminen voi olla liian helppoa.⁷⁰ Vahingonkorvauksen preventiivinenkin funktio muodostuu silloin perusteettoman vahvaksi mahdollistaen kilpailijoiden pelottelemisen pois markkinoilta.⁷¹ Tällöin seuraamuksilla on aiheutettu markkinoiden vääristyminen, vaikka niiden tulisi estää kyseinen tilanne.⁷² Oikeudenkäynnin uhalla on suurin merkitys silloin, kun toisen osapuolen juridinen kapasiteetti on selvästi suurempi.⁷³

Toisaalta heikko seuraamusideologia johtaa suoraan loukkaajien suosimiseen oikeudenhaltijoiden kustannuksella. Tuomioistuinten tulisikin olla soveltamatta kyseisiä ääripäitä ja pyrkiä tasapainoiseen ratkaisuun. Tämä ei ole kuitenkaan helppoa ottaen huomioon mm. tehokkuuden ja varoittavuuden vaatimukset.⁷⁴

2.2 Yleisen vahingonkorvausoikeuden merkitys

2.2.1 Yleisen vahingonkorvausoikeuden perusta ja tehtävät

Erilaiset ideologiat asettavat vahingonkorvaukselle toisistaan poikkeavia tavoitteita. Liberalistinen, oikeudenmukaisuusajatteluun sitoutunut teoria on esimerkki yhdestä vahingonkorvausteoriasta,⁷⁵ jonka puitteissa on esimerkiksi katsottu, että vahingonkorvausoikeus takaa sekä ihmisten turvallisuuden että toimintavapauden, jolloin tasa-arvoisilla yhteiskunnan jäsenillä on mahdollisuus tavoitella omia päämääriänsä.⁷⁶ Liberalismin on katsottu merkitsevän myös sitä, että yhteiskunnan rakenteiden tulee antaa kaikille yhtäläiset mahdollisuudet vastata omasta elämästään itsenäisesti. Lisäksi on todettu, että ihmisten keskinäinen yhteiselo tulisi järjestää siten, että jokaista suojataan muiden tahojen mahdollisilta oikeudenloukkauksilta.⁷⁷ Teorioille yhteisenä piirteenä voidaan nähdä se, että niissä korostetaan yksilön omien arvojen ja pyrkimysten toteutumista osana mielekästä elämää.⁷⁸

⁷⁰ Norrgård 2006, s. 596. Norrgård 2005, s. 508-510. Vaarassa voivat olla myös liikesalaisuudet, ks. Wal & Schaik 2008, s. 79.

⁷¹ Castrén 1979, s. 133-134. Yritysten IP-strategiaan kuuluu usein kilpailijoiden kehittymisen estäminen ja lisenssien tarjoaminen, ks. Goodger 2009, s. 17.

⁷² Hilty 2012, s. 15.

⁷³ Bruun ym. 2009, s. 105.

⁷⁴ Norrgård 2006, s. 596. Norrgård 2005, s. 508-510.

⁷⁵ Mielityinen 2006, s. 180.

⁷⁶ Keating 1996, s. 321-323.

⁷⁷ Coleman 2001, s. 44 ja 60-61.

⁷⁸ Mielityinen 2006, s. 182.

Olennaista näin ollen on taata yksilöille mahdollisuus tavoitella omia päämääriänsä. Tästä on kyse esimerkiksi silloin, kun taiteilija saa aikaan luovan työn tuloksena teoksen tai keksijä luo uuden innovaation. Työn mielekkyys edellyttää sitä, että oikeudenhaltija saa teokselleen myöhemmin suojaa oikeudenloukkauksia vastaan. Vahingonkorvaus on edellytys sille, että luovaan työhön ryhtyminen on yleensä edes kannattavaa.

Vahingonkorvausoikeuden tehtävinä voidaan katsoa olevan nykyisin ainakin kompensatio (vahingon hyvittäminen) ja preventio (yleisestävyys).⁷⁹ Samalla pyritään jakamaan vahingosta aiheutuneet negatiiviset seuraukset vahingonaiheuttajan ja uhrin välillä siten, että loukatulle aiheutuneita haittoja siirretään loukkaajalle. Näiden tehtävien ohella vahingonkorvausoikeudellisen lainsäädännön katsotaan pitävän yllä yksittäisten henkilöiden yleistä moraalia.⁸⁰ Kompensatiotehtävä liittyy käytännössä vahingonkorvauslain (VahL) täyden korvauksen periaatteeseen. Preventiovaikutus näkyy sen sijaan tahallisuuden ja tuottamuksen pitämisenä vastuun perusteena siten, että yhteiskunnan arvojen vastaista toimintaa pidetään paheksuttavana.⁸¹ Tehtävät ovat olennaisia myös immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa. Korjaava tehtävä merkitsee oikeudenhaltijan asettamista takaisin oikeudenloukkausta edeltävään asemaan vahingonkorvauksen avulla. Sen lisäksi vahingonkorvauksella on ainakin jonkin asteinen preventiovaikutus, jonka nostaa kynnystä ryhtyä tietoisesti toisen oikeutta loukkaavaan menettelyyn.

2.2.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaaminen VahL:n mukaan

Yleisessä vahingonkorvausoikeudessa vahingot jaotellaan niiden lajin perusteella. Immateriaalioikeudelliset vahingot ovat puhtaasti taloudellisia, joten tässä kohtaa on syytä käydä läpi puhtaiden varallisuusvahinkojen korvausedellytykset VahL:n perusteella.

VahL:n 5 luvussa säädetään yleisesti perusteista, jotka johtavat korvausvelvollisuuden syntymiseen. Varallisuusvahingot voivat liittyä esine- tai henkilövahinkoihin tai ne voivat olla täysin itsenäisiä, jolloin puhutaan niin sanotusta puhtaasta varallisuusvahingosta.⁸² Yleisen vahingonkorvausoikeudellisen linjan mukaisesti puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisen ei tulisi olla yhtä kattavaa kuin henkilö- ja esinevahinkojen korvaaminen. Varallisuusvahinkojen korvaamista rajoittavat kilpailun ja arvostelun vapaus, joiden kautta huomioidaan myös yhteiskunnallinen yhteinen etu. Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiselle asetetut erityisedellytykset varmistavat myöskin sen, että vahingonkorvaus ei rajoittaisi liikaa henkilöiden

⁷⁹ Mielityinen 2006, s. 301-303.

⁸⁰ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 31-32.

⁸¹ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 32-33.

⁸² KKO on käyttänyt oikeuskäytännössään puhtaan varallisuusvahingon nimitystä, ks. esim. KKO 2005:66.

toimintavapautta. Jos tuottamuksellisesta toiminnasta voisi seurata liian helposti puhtaan varallisuusvahingon korvausvelvollisuus, yksilöiden toimintavapaus rajoittuisi huomattavasti. Loukatulle aiheutuneet menetykset voivat olla lisäksi puhtaan varallisuusvahingon osalta vaikeasti määritettävissä, koska sopimuksenulkoisessa vahingonkorvauksessa ei ole käytettävissä samanlaisia tietoja, joita sopimus antaa osapuolille.⁸³

Varallisuusvahingot liittyvät lisäksi yleensä elinkeinonharjoittajan odotuksiin tulevaisuuden liikevaihdosta, mitä ei ole ehkä pidettävä niin tärkeänä korvausperusteena kuin henkilö- ja esinevahinkojen aiheutumista. Tilanne muistuttaa jokseenkin tavanomaista liikeriskin aktualisoitumista. Esimerkiksi immateriaalioikeuksien yhteydessä on myös vaikeaa ottaa vastuuvakuutusta oikeuden loukkaamisella aiheutetulle vahingolle.⁸⁴

Sopimussuhteiden ulkopuolella syntyvän taloudellisen, henkilö- tai esinevahinkoihin liittymättömän vahingon korvaaminen (puhdas varallisuusvahinko) vaatii, että siihen annetaan toimintaa sääntelevässä erityislaissa oikeutus. Muussa tapauksessa siihen sovelletaan VahL:n 5:1 erityisedellytyksiä: ”Milloin vahinko on aiheutettu (a) rangaistavaksi säädetyllä teolla tai (b) julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä (c), käsittää vahingonkorvaus hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon.”⁸⁵

Rangaistavuuden ja julkisen vallan käytön edellytykset ovat olleet melko selviä, mutta erittäin painavien syiden perusteella korvattava vahinko on muodostunut ongelmalliseksi. KKO on ensinnäkin painottanut hyvän tavan vastaisuutta erittäin painavana syynä (KKO 2005:105 ja KKO 1991:79). Hyvän tavan vastaisuus on konkreettisesti tarkoittanut esimerkiksi hyvän liiketavan vastaisuutta, sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa, tietoisuutta menettelyn aiheuttamista taloudellisista menetyksistä, hyvän lehtimiestavan rikkomista tai harhaanjohtavien tietojen antamista. Myös tuottamuksen aste ja uhrin korvauksen tarve ovat toimineet perusteluina korvauksille.⁸⁶ Erittäin painavien syiden kriteerit ovat siten varsin epäselvät, koska ne eivät ole tarkentuneet mainittua enempää KKO:n ratkaisujen myötä.⁸⁷

⁸³ Hemmo 2005, s. 149-151. Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 302-303.

⁸⁴ Hemmo 2005, s. 152-153.

⁸⁵ Karhu 2016, s. 22. Hemmo 2005, s. 153. Sopimussuhteissa puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen perustuu suoraan sopimukseen, eikä erityisperustetta tarvita, ks. lisää Saarnilehto 2007, s. 118.

⁸⁶ Hemmo 2005, s. 154-155. Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 305-307. Saarnilehto 2007, s. 121-122.

Oikeuskäytännöstä lisää ks. esimerkiksi KKO 1990:26, KKO 1992:44 ja KKO 1997:181.

⁸⁷ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 308. Virtanen 2011, s. 474-476.

On kuitenkin huomattava, että immateriaalioikeudellisten vahinkojen korvaaminen on määritelty eri tavoin kuin VahL:n viidennessä luvussa on säädetty.⁸⁸ Jollei immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta koskisi erityislait, määräytyisi vahingonkorvaus edellä kuvatun VahL 5:1 perusteella. Siinä tapauksessa, että erittäin painavia syitä ei olisi esittää, oikeudenhaltija voisi yrittää vedota sopimusoikeudellisiin vastuusääntöihin saadakseen korvausta. Muussa tapauksessa oikeudenhaltija jäisi ilman korvausta, vaikka oikeudenloukkaaja olisi menetellyt tuottamuksellisesti.⁸⁹ Vaikka oikeudenhaltija voi periaatteessa nykyisin vaatia vahingonkorvausta sekä immateriaalioikeudellisena vahingonkorvauksena että VahL:n nojalla, korvausta ei ole mielekästä vaatia yleisen vahingonkorvausoikeuden kautta.⁹⁰

Koska sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetussa laissa (SopMenL) ei säädetä erityisestä vahingonkorvauksesta, on oikeustila epäselvä, mikä aiheuttaa ongelmia sovellettaessa VahL 5 luvun 1 pykälää.⁹¹ Tämä olisi erittäin ongelmallista immateriaalioikeuksien loukkausten kohdalla, koska edes immateriaalioikeudellisten erityislakien mukainen vahingonkorvaus ei ole aina täyttänyt tehtävänsä. Immateriaalioikeuden eritysluonne näkyy siinä, että sitä koskevassa lainsäädännössä poiketaan VahL:n soveltamisedellytyksistä puhtaiden varallisuusvahinkojen kohdalla. Immateriaalioikeudellisten vahinkojen korvaaminen on siten nähty tärkeänä ja erityislailla säättämisen arvoisena.

2.2.3 Täyden korvauksen periaate ja rikastumiskielto

Täyden korvauksen periaatteen mukaan kaikki aiheutunut vahinko on korvattava siten, että vahingonkärsijä saavuttaa taloudellisen tilan, jossa hän olisi ollut ilman loukkausta. Vahingonkorvauksen yläraja määräytyy siten, että korvaus ei saa olla suurempi kuin aiheutunut todellinen vahinko. Toisaalta vahingonkorvauksen määrä ei saa jäädä tarkoituksellisesti liian alhaiseksi, jos todellinen vahinko on tiedossa. Voidaankin siis todeta, että täyden korvauksen periaatteen mukaan korvauksen on vastattava todellisuudessa aiheutunutta vahinkoa kokonaisuudessaan. Vahinkojen laatu tai laajuus eivät saa vaikuttaa korvaukseen.⁹² Rikastumiskielto toimii puolestaan eräänlaisena vastaperiaatteena täyden korvauksen periaatteelle.⁹³

⁸⁸ Mielityinen 2006, s. 188. Norrgård 2006, s. 590.

⁸⁹ Hemmo 2005, s. 156.

⁹⁰ Haarmann 2005a, s. 368.

⁹¹ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 303. Esimerkkinä tulkintavaikeuksista ks. KKO 2005:105.

⁹² Karhu 2016, s. 20-21. HE 167/2003 vp. Määttä 2005, s. 302. Hemmo 2005, s. 204. Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 370-371. Määttä 2006, s. 168-169. Virtanen 2011, s. 372-374. Karhu 2007, 186-187.

⁹³ Norrgård 2006, s. 591.

Rikastumiskielto tai eduntasoitus (*compensatio lucri cum damno*)⁹⁴ kieltää näin ollen vahingonkorvauksesta hyötymisen. Rikastumiskielto ei salli vahingonkorvausta, joka ylittää määrältään todellisesti aiheutuneen vahingon. Tällä pyritään estämään vahingonkärsijälle koituva perusteeton etu. Sen vuoksi vahingon aiheutumisesta loukatulle syntyneet hyödyt tai säästöt vähennetään vahingonkorvauksesta.⁹⁵ Lisäksi vahingonkorvauksessa otetaan huomioon arvonparannus.⁹⁶ Esimerkiksi tapauksessa KKO 1950 II 28 huomioitiin kiinteistön tilojen tuottona saatu hyöty, tapauksessa KKO 1955 II 78 huomioitiin kunnostuksessa käytetty korkealaatuisempi materiaali ja tapauksessa KKO 1990:79 myyntituotosta vähennettiin vahingonkärsijän oman työn arvo.⁹⁷ Rikastumiskielto kannustaa lopulta uhria torjumaan vahinkojen syntyä ja niiden laajenemista.⁹⁸

Täyden korvauksen periaate ei kuitenkaan johda välttämättä kaikissa tilanteissa täsmällisesti vahingon suuruiseen korvaukseen, koska aina ei ole helppoa arvioida, millainen vahingonkärsijän asema olisi ollut ilman vahinkoa (*differenssiteoria*). Tämä korostuu varsinkin aineettomia vahinkoja tarkasteltaessa.⁹⁹ Lisäksi täyden korvauksen periaatteesta poiketaan kansainvälisten sopimusten asettamien maksimien, standardisoitujen korvauksien ja kohtuullistamisen vuoksi.¹⁰⁰ Tämä *differenssiteorian* ongelma esiintyy myös immateriaalioikeudessa varsinkin, kun on kyse varallisuusvahingoille tyypillisestä tulevaisuudessa ilmenevästä vahingosta.

Rikastumiskielto saattaa tulla ajankohtaiseksi silloin, kun on kyse korvauksen saamisesta osittain jonkin muun järjestelyn kautta kuin vahingonkorvauslain mukaan. Näin ollen esimerkiksi sosiaalivakuutuksien kautta korvattuja summia henkilövahinkojen yhteydessä ei tule huomioida uudelleen vahingonkorvauslain perusteella. Joskus on tarvetta selvittää, mitä vahinkoerää eri lähteistä peräisin olevat korvaukset koskevat. Merkittävää on myös se, että ratkaisussa KKO 1994:74 todetulla tavalla rikastumiskielto huomioidaan ennen vahingonkärsijän toiminnasta johtuvaa myötävaikutusvähennystä.¹⁰¹

⁹⁴ Hakulinen 1965, s. 357.

⁹⁵ Hemmo 2005, s. 204.

⁹⁶ Karhu 2016, s. 21. Havu, Kalliokoski & Wikberg 2010, s. 85-86.

⁹⁷ Ks. myös KKO 1968 II 78, KKO 1988:20 (työkyvyttömyyseläke) ja KKO 1996:6 (arvonlisävero).

⁹⁸ Määttä 2006, s. 168-169.

⁹⁹ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 371. Vahingonkorvauksen määrää voidaan rajoittaa kohtuullisen korvauksen vaatimuksella, ks. Vahl 2:2, 2:3 ja 5:3.

¹⁰⁰ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 372-373. Standardisoitujen korvausten kohdalla herää kysymys IPRED:n kiinteän korvauksen määrittelystä ja täyden korvauksen periaatteen suhteesta.

¹⁰¹ Hemmo 2005, s. 204-205.

Korkeimman oikeuden rikastumiskieltoa koskevat ratkaisut eivät kuitenkaan välttämättä sovellu suoraan esimerkiksi kilpailuoikeuteen, koska ratkaisut liittyvät eri oikeudenaloihin.¹⁰² Komission mukaan kilpailuoikeuden yksityisoikeudellisia tehosteita on ollut vaikea panna täytäntöön, minkä lisäksi siviilioikeudenkäyntiin on liittynyt prosessuaalisia, oikeuksien toteutumisen estäviä ongelmia.¹⁰³ Voikin hyvin olla, että rikastumiskieltoon tulisi tehdä poikkeuksia kilpailuoikeuden erityisluonteen vuoksi. Keskustelu liittyy kilpailuoikeudelliseen passing on -puolustusperiaate, joka supistaa siviilioikeudellista vastuuta ja saattaa tehdä kilpailusäännösten loukkaamisen kannattavaksi. Puolustus perustuu tällöin siihen, että vahingonkärsijä on voinut siirtää hintatasosta aiheutuneen vahingon omalla hinnoittelullaan eteenpäin. Tällöin vahingonkärsijälle ei ole aiheutunut todellista vahinkoa, minkä seurauksena voitaisiin väittää, että vahingonkorvauksen tuomitseminen olisi rikastumiskiellon vastaista.¹⁰⁴

Rikastumiskieltoon liittyy ongelmia myös vakuutusosoikeudessa, koska korvauksen maksamisesta vastaa vakuutuksenantaja. Vastuu perustuu yksityisoikeudelliseen, vastiketta vastaan laadittuun sopimukseen, minkä vuoksi sopimusvapaus näyttäisi sallivan osapuolten sopivan korvausmäärästä vapaasti. Näin ollen vakuutuskorvaukset voitaisiin sopia suuremmiksi kuin täysi korvaus todellisesta vahingosta. On syytä huomata, että tällöin myös vakuutuksenottaja joutuisi suorittamaan korkeampaa vastiketta vakuutuksesta. Hyväksyttävyyttä ja tarpeellisuutta tukee muun muassa vakuutustapahtuman aiheuttamat tosiasialliset tai siihen muuten liittyvät menot. Järjestelyn riskinä mainitaan usein moraalinen uhkapeli.¹⁰⁵

Myös perusteeton etu liittyy rikastumiskieltoon, koska rikoksesta¹⁰⁶ ei saisi koskaan hyötyä taloudellisesti. Esimerkkinä tästä on anastus ja tilauspetosten yhteydessä maksettava vahingonkorvaus. Ratkaisussa KKO 1997:208 katsottiin, että edellä mainittujen rikosten yhteydessä uhrille tulee maksaa jälleenmyyntihintaa vastaava vahingonkorvaus. Ratkaisu on merkittävä, koska KKO:n aikaisemman linjan mukaan (KKO 1982 II 121) uhrille korvattiin kyseisissä tilanteissa vain jälleenhankintahinta. Tilanne, jossa tuotteen anastaminen on kannattavampaa kuin sen ostaminen, ei ole oikeudenmukainen.¹⁰⁷ Vahingonkorvaus vastasi tilanteessa kuitenkin myyntihintaa, jonka myyjä

¹⁰² Havu, Kalliokoski & Wikberg 2010, s. 85-86.

¹⁰³ Hemmo 2006, s. 1146.

¹⁰⁴ Hemmo 2006, s. 1149-1151. Yhdysvalloissa ei kartellien yhteydessä sovelleta rikastumiskieltoa, ks. Supreme Court Illinois Brick Co. V. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

¹⁰⁵ Norio-Timonen 2008, s. 1167-1168. Rikastumiskielto koskee nykyisin kaikkia vakuutussuhteita, ks. HE 114/1993 s. 61.

¹⁰⁶ Väite voidaan laajentaa koskemaan kaikkea oikeudenvastaista menettelyä, vaikka se ei olisikaan rikoksena rangaistavaa.

¹⁰⁷ Määttä 2005, s. 302-303. Määttä tosin huomauttaa, että arvonlisävero tulee normaalisti konfiskoida valtiolle, eikä suinkaan uhrille.

olisi saanut tuotteesta normaalissa tapauksessa, eikä myyjä päässyt rikastumaan tapahtumalla, koska hän oli jo luovuttanut tuotteen vahingonaiheuttajalle.¹⁰⁸

Näin ollen rikastumiskiellon soveltaminen ei ole ehkä niin absoluuttista kuin voisi ensin ajatella. On ainakin mahdollista esittää perusteluja sille, miksei kyseistä periaatetta tulisi soveltaa jossakin rajatussa erityistilanteessa. Nyt selvitettävänä onkin, millainen tilanne on immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa.

2.3 IPRED:n asettamat vaatimukset

2.3.1 Tavoitteet ja keinot

Immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta säädetään edellä todetusti erityislaissa, jolloin vahingonkorvauslaki soveltuu vain toissijaisesti. Immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta säädetään erikseen jokaisessa kansallisessa immateriaalioikeudellisessa laissa, mutta sen perusteet ovat samat. Tarkastelu on kuitenkin aloitettava oikeuslähdehierarkian mukaisesti kansainvälisoikeudellisesta TRIPS-sopimuksesta ja EU-oikeudellisesta IPRED-direktiivistä, joiden vaatimukset kansallisen oikeuden tulee täyttää.

IPRED:n tarkoituksena on varmistaa, että oikeudenhaltijat saavat oikeutettua hyötyä keksinnöstään tai luomistyönsä tuloksesta.¹⁰⁹ EUT on määritellyt ratkaisussaan C-435/12, että IPRED:n tarkoituksena ei ole suinkaan säännellä kaikkia teollis- ja tekijänoikeuksiin liittyviä näkökohtia vaan vain näiden oikeuksien noudattamiseen ja loukkaamiseen liittyviä kysymyksiä velvoittamalla valtiot säätämään tehokkaista oikeussuojakeinoista, joilla suojattujen teollis- tai tekijänoikeuksien loukkaukset voitaisiin välttää, lopettaa tai korjata.¹¹⁰

Direktiivin johdanto-osassa viitataan TRIPS-sopimukseen, ja todetaan, että kyseisestä sopimuksesta huolimatta immateriaalioikeudellinen suoja on toteutettu jäsenmaissa eri tavoin. Tässä kohtaa vahingonkorvauksen määrän laskentatapa mainitaan nimenomaisena ongelmakohtana. Erot suojan toteuttamisessa haittaavat sisämarkkinoiden toimintaa, koska EU:n alueella ei silloin vallitse yhtenäistä suojan tasoa. Eroilla on heikentävä merkitys myös tekijän- ja teollisoikeuksia koskevaan aineellisoikeuteen, mikä johtaa sisämarkkinoiden sirpaloitumiseen vastoin niiden päätavoitetta. Erityisesti sijoittajien luottamus sisämarkkinoihin vähenee. Johdanto-osan mukaan loukkaustoiminta liittyy usein myös järjestäytyneeseen rikollisuuteen, jolloin sitä voidaan pitää paheksuttavampana

¹⁰⁸ Siivola 1999, s. 267-268.

¹⁰⁹ IPRED, resitaali 4.

¹¹⁰ C-435/12 ACI Adam BV ym. vastaan Stichting de Thuiskopie ja Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding, kohta 61.

kuin esimerkiksi yksityisten henkilöiden yksittäisiä loukkauksia.¹¹¹ Edellä käsitelty immateriaalioikeuksien lisääntynyt investointisuoja muistuttava luonne näyttäisi olevan siten linjassa IPRED:n perustelujen kanssa.

Edellä esitetystä seuraakin se, että direktiivin tavoitteena on lainsäädäntöjen lähentäminen teollis- ja tekijänoikeuksien suojan korkean, yhdenvertaisen ja yhdenmukaisen tason saavuttamiseksi sisämarkkinoilla.¹¹² Direktiivin 3 artikla asettaa jäsenvaltioille yleisen velvoitteen säätää tarvittavista, toimenpiteistä, menettelyistä ja oikeussuojakeinoista teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamiseksi.¹¹³ Edelleen niiden tulee olla oikeudenmukaisia ja tasapuolisia, ne eivät saa olla liian monimutkaisia tai kalliita, eivätkä ne saa sisältää kohtuuttomia määräaikoja tai johtaa aiheettomiin viivytyksiin. Lisäksi näiden toimenpiteiden, menettelyjen ja oikeussuojakeinojen on myös oltava *tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia*¹¹⁴, ja niitä on sovellettava siten, että vältetään luomasta esteitä lailliselle kaupankäynnille ja säädetään takeista niiden väärinkäytön estämiseksi (oikeuksien väärinkäytön kielto). Tiivistetysti direktiivi asettaa vaatimuksen tehokkaista oikeussuojakeinoista, joiden tulee kuitenkin olla oikeasuhtaisia, jotta ei olisi kyse oikeuksien väärinkäytöstä.

On huomattava tämä lisäksi, että direktiivin mukaiset toimenpiteet, menettelyt ja oikeussuojakeinot olisi määriteltävä kussakin tapauksessa niin, että kyseisen tapauksen erityispiirteet otetaan asianmukaisesti huomioon. Erityispiirteinä mainitaan nimenomaan kuhunkin teollis- ja tekijänoikeuteen liittyvät erityispiirteet ja loukkauksen tahallinen tai tahaton luonne.¹¹⁵ Näin ollen on mahdollista ottaa huomioon tapauksen erityispiirteet, mikä osaltaan lieventää direktiivin laajan soveltamisalan aiheuttamia ongelmia. Eri asia on, tunnistavatko tuomioistuimet aina huomioon otettavat erityispiirteet.

¹¹¹ IPRED, resitaalit 5, 7, 8 ja 9.

¹¹² IPRED, resitaali 10.

¹¹³ IPRED 1 artiklan mukaisesti direktiivin kohteena ovat teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamiseksi tarvittavat toimenpiteet, menettelyt ja oikeussuojakeinot.

¹¹⁴ Myös TRIPS-sopimuksen 41 artikla velvoittaa takaamaan tehokkaat toimet oikeudenloukkauksia vastaan. Varoittavuuden käsitteellä on puolestaan selvä yhteys vahingonkorvauksen preventiiviseen tarkoitukseen ja rikosoikeudelliseen varoittavuuteen. Alkuperäisessä kieliversiossa on käytetty käsitettä ”dissuasive”, joka on tietoyhteiskuntadirektiivin yhteydessä käännetty harhaanjohtavasti vakuuttavuudeksi, ks. Tapio 2014, s. 348. Myös EU-rikosoikeudessa seuraamusten tulee olla tehokkaita, oikeasuhtaisia ja varoittavia, minkä vuoksi komissio on puolustanut vahvaa sanktioajattelua rangaistuksissa, ks. Melander 2015, s. 229-230 ja 235.

¹¹⁵ IPRED, resitaali 17.

2.3.2 Vahingonkorvauksen määräytyminen IPRED:n perusteella

Vahingonkorvauksien perusteella ja laskentatavalla on merkittävä rooli immateriaalioikeudellisen suojan toteutumisessa sisämarkkinoilla. Vahingonkorvauksesta säädetään direktiivin 13 artiklassa¹¹⁶ seuraavasti:

1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että toimivaltaiset oikeusviranomaiset määräävät vahingon kärsineen osapuolen hakemuksesta loukkaajan, *joka tiesi tai jolla oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon*, maksamaan oikeudenhaltijalle vahingonkorvauksen, joka vastaa tälle loukkauksen johdosta koitunutta *tosiasiallista vahinkoa*.

Määrittäessään vahingonkorvauksen oikeusviranomaisten on:

a) *otettava huomioon kaikki asianmukaiset näkökohdat*, kuten vahingon kärsineelle osapuolelle aiheutuneet kielteiset taloudelliset seuraukset, saamatta jäänyt voitto mukaan lukien, *loukkaajaan saama perusteeton etu* ja soveltuviissa tapauksissa muita kuin taloudellisia tekijöitä, kuten oikeudenhaltijalle loukkauksen johdosta aiheutunut *aineeton vahinko*; tai

b) vaihtoehtona a kohdan säännökselle oikeusviranomaiset voivat soveltuviissa tapauksissa määrittää *vahingot kiinteänä määränä esimerkiksi vähintään niiden rojaltien tai maksujen määrän perusteella* (hypoteettinen rojaltili),¹¹⁷ jotka oikeudenloukkaaja olisi joutunut suorittamaan, jos se olisi pyytänyt lupaa käyttää kyseistä teollis- ja tekijänoikeutta.

2. Jos oikeudenloukkaaja *ei ole tietoisesti ryhtynyt loukkaavaan tekoon tai ryhtyi loukkaavaan tekoon ilman, että hänellä oli riittävät perusteet tietää ryhtyvänsä siihen*, jäsenvaltiot voivat säätää, että oikeusviranomaiset voivat määrätä voitot perittäviksi takaisin tai maksettavaksi vahingonkorvauksen, joka voi olla ennalta määrätty.

Direktiivin 13 artiklan ensimmäinen kohta koskee näin ollen tahallista tai tuottamuksellista loukkausta, josta aiheutunut todellinen vahinko korvataan kokonaisuudessaan. Korvauksen tulee

¹¹⁶ TRIPS-sopimuksen 45 artiklassa jako tahallisiin tai tuottamuksellisiin ja ilman tuottamusta aiheutettuihin loukkauksiin vastaa IPRED:n 13 artiklaa. Sen sijaan vahingon laskemiseen käytettävissä menetelmissä on eroa.

¹¹⁷ Komission alkuperäisessä ehdotuksessa (COM/2003/0046 final - COD 2003/0024 s. 24) rojalteihin tai vastaavien maksujen perusteella määräytyvä vahingonkorvaus olisi ollut aina kaksinkertainen. Korvausta olisi sovellettu tilanteessa, jossa ”loukkaaja tiesi tai hänellä oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon.” Todettakoon, että ehdotusta on tulkittu Suomessa osittain väärin, kun on väitetty, että korvaus ei olisi ollut riippuvainen loukkaajan tuottamuksesta, ks. esimerkkinä tällaisesta tulkinnasta. Mylly 2004, s. 175. On mahdollista, että kansallisen hyvityksen soveltamisedellytykset on virheellisesti katsottu suoraan direktiivin kiinteään korvaukseen soveltuviksi, vaikka näin ei ole.

siten kattaa kaikki oikeudenhaltijalle aiheutuneet vahingot eli kyse on lopulta täyden korvauksen periaatteesta, jota sovelletaan myös yleisessä vahingonkorvausoikeudessa. Direktiivin johdanto-osassa on erikseen todettu, että tarkoituksena ei ole säätää rankaisevista korvauksista, vaan vahingonkorvauksesta, joka perustuu objektiivisiin perusteisiin ja jossa otetaan huomioon oikeudenhaltijalle koituneet muun ohessa tutkimuksista ja tunnistamisesta aiheutuneet kulut.¹¹⁸ Olennaista tämän tutkielman kannalta on, että IPRED mainitsee vahingonkorvauksen suuruuteen vaikuttavina seikkoina loukkaajan saaman perusteettoman edun ja loukkauksen johdosta aiheutuneen aineettoman vahingon. Direktiivin voidaankin katsoa tunnistavan sanamuodon perustella vahingonkorvaukseen liittyvät ongelmat, jotka vaativat tehokkaampia seuraamuksia (tehokkuus ja varoittavuus), vaikka nimenomaan rangaistusluonteisesta korvauksesta ei säädetäkään. Näihin teemoihin palataan jäljempänä tarkemmin.

IPRED 13(2) artikla sen sijaan koskee ilman tuottamusta aiheutettuja vahinkoja. Direktiivin johdanto-osassa¹¹⁹ perustellaan erillistä säännöstä sillä, että direktiivin normaalit toimenpiteet olisivat suhteettomia tilanteissa, joissa loukkaus on aiheutettu ilman tuottamusta. Tällöin jäsenvaltioiden on voitava määrätä maksettavaksi tietty rahallinen korvaus. Edellä todetun mukaisesti immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen ymmärretään tässä tutkielmassa kattavan sekä kansallisen hyvityksen että vahingonkorvauksen. Tässä vaiheessa on jo hyvä todeta, että kotimainen immateriaalioikeudellinen hyvitys ei vastaa täysin IPRED 13(1) artiklan kiinteää korvausta, jolloin perustellumpaa olisi mieltää sen vastaavan IPRED 13(2) artiklaa. Myös tähän aiheeseen palataan tarkemmin myöhemmin.

Muihin direktiivin olennaisiin artikloihin kuuluu myös 16 artikla, joka koskee jäsenvaltioiden määräämiä seuraamuksia. Sen mukaan jäsenvaltiot voivat soveltaa muita asianmukaisia seuraamuksia tapauksissa, joissa teollis- ja tekijänoikeuksia on loukattu. Tällä ei kuitenkaan saa rajoittaa IPRED:n asettamien vähimmäisvaatimusten soveltamista. Jäsenvaltiot voivat siten soveltaa myös muita seuraamuksia direktiivistä poiketen, kunhan ne eivät ole oikeudenhaltijalle epäedullisempia kuin direktiivissä tarkoitettut seuraamukset. Juuri tämä epäedullisuus on merkittävää, kun arvioidaan sitä, täyttääkö kansallinen vahingonkorvaus IPRED:n asettamat vaatimukset.

Direktiivin 15 artiklassa säädetään lisäksi tuomioistuinten päätösten julkistamisesta oikeudenloukkaajan kustannuksella, joka ei ole varsinainen vaihtoehtoinen seuraamus, mutta se luo

¹¹⁸ IPRED, resitaali 26. Resitaalia 26 tulee tarkastella yhdessä EUT:n viime aikaisen oikeuskäytännön kanssa, koska EUT on suhtautunut sallivasti vahingonkorvauksen rangaistusluonteisiin piirteisiin.

¹¹⁹ IPRED, resitaali 25.

pelotevaikutusta vahingonkorvauksen ohella.¹²⁰ Artikla vaikuttaa olevan korostuneesti loukkaajan moittimiseen keskittyvä, mikä on tyypillistä rangaistusluonteisille seuraamuksille. Tämän vuoksi sen olemassa olon huomioiminen auttaa ainoastaan ymmärtämään direktiivin taustalla vaikuttavia ajatuksia.

2.3.3 IPRED:n tavoitteiden toteutumatta jääminen

Komission mukaan vahingonkorvauksen suuruuden ennakoimattomuus ja oikeasuhtaisen korvauksen saamisen epävarmuus johtavat siihen, että oikeudenhaltijat eivät usein halua valvoa oikeuksiaan siviiliprosessissa.¹²¹ Puolet komission kyselyyn vastanneista oikeudenhaltijoista pitivät vahingonkorvausten määriä liian pieninä. Sen lisäksi 2/3 vastanneista katsoi, että vahingonkorvaus ei ole kattanut kaikkea aiheutunutta vahinkoa. Syynä vahingonkorvauksen vaatimisen kannattamattomuudelle ovat olleet tuomioistuinten soveltamat säännökset.¹²²

Vahingon määrää on ollut vaikea osoittaa erityisesti tapauksissa, joissa loukatulle on aiheutunut aineetonta tai moraalista vahinkoa. Esimerkiksi tapauksissa, joissa loukkaus on aiheuttanut oikeudenhaltijalle mainehaittaa, ahdistusta tai kärsimystä, vahingon määrää on ollut vaikeaa näyttää toteen. Sama koskee muita samankaltaisia vahinkoja kuten hintaeroosiota ja tavaramerkin tahraamista. Tämän lisäksi vasta tulevaisuudessa ilmeneviä vahinkoja on harvoin otettu huomioon kunnolla vahingonkorvauksen määrää laskettaessa.¹²³

Samat ongelmat liittyvät myös loukkaajan saaman hyödyn osoittamiseen. Komission mukaan esimerkiksi Saksassa tavaramerkkiloukkauksen kohdalla vahingon määrä rajoittuu loukkaajan saamiin nettotuloihin, joista vähennetään vielä markkinointi-, tuotanto- ja muut sellaiset kustannukset, jotka ovat aiheutuneet tuotteen alkuperäisestä tuotteesta poikkeavista piirteistä. On lisäksi yleistä, että loukkaajan tuomioistuimelle esittämät arviot loukkaukseen liittyvästä liiketoiminnasta eivät ole kannattavia ja saattavat olla jopa tappiollisia.¹²⁴

¹²⁰ Julkisuuden avulla oikeudenhaltija saa hyvitystä loukkauksesta aiheutuneesta haitasta. Brusiin katsoo, että sosiaalipsykologisessa mielessä tarkastelemme tällöin tyydytyksen ja nöyryytyksen muodostamaa hyvitystilannetta, ks. Brusiin 1953, s. 135.

¹²¹ COM(2017) 708 final, s. 3.

¹²² SWD(2017) 431 final, s. 14-15. European commission Public Consultation on the evaluation and modernisation of the IPR enforcement legal framework, s. 26-28.

¹²³ COM(2017) 708 final, s. 4-5. SWD(2017) 431 final, s. 14-16. European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, s. 3.

¹²⁴ SWD(2017) 431 final ANNEX III, s. 59-64.

Oikeudenhaltijoiden korkea todistustaakka on ollut yhtenä syynä siihen, miksi vahinkojen toteen näyttäminen on ollut niin vaikea. Merkittävänä esteenä on ollut syy-yhteyden painottaminen vahingonkorvausta arvioitaessa.¹²⁵

Komission mukaan siviilioikeudellinen vahingonkorvaus on usein tärkein korvausmuoto immateriaalioikeuksien loukkaustilanteissa. Siksi on kyseenalaista, että loukkaaja saattaa hävitystä oikeudenkäynnistä huolimatta hyötyä lopulta loukkaavasta toiminnastaan. Tämä on seurausta siitä, että hävitty oikeudenkäynti aiheuttaa loukkaajalle kustannuksia vain hieman enemmän kuin alun perin lisenssimaksun maksamisesta olisi koitunut. Samalla oikeudenhaltijalle saattaa aiheutua oikeudenkäynnistä vain lisäkuluja, mikä huonontaa tämän asemaa entisestään. Lopputuloksena on kestävätilanne, jossa oikeudenhaltijan asema on huonompi ja loukkaajan parempi kuin, mitä ne olisivat olleet ilman loukkausta ja oikeudenkäyntiä. Näin ollen voidaan katsoa, että nykytilanne kannustaa ryhtymään loukkaustekoon ja toisaalta rankaisee oikeudenhaltijoita, jotka yrittävät saada vahingonkorvausta siviilioikeudenkäynnin kautta.¹²⁶

Tuomioistuimet eivät ole kansallisestikaan tuominneet suuria korvausmääriä esimerkiksi tekijänoikeusloukkausten yhteydessä, minkä vuoksi korvausvastuun yleisestävä vaikutus ei ole päässyt toteutumaan ainakaan 1950-luvulla.¹²⁷ Myös hallituksen esityksen (HE 32/1984) mukaan vahingonkorvausmäärät ovat olleet Suomessa varsin pieniä ja niitä voidaankin pitää vain nimellisinä.¹²⁸ Usein oikeudenhaltijat ovat perustaneet näytön loukkaajan saamaan hyötyyn tai tuotteiden myyntihintaan, joista on Sorvarin mukaan vaadittu perustelematta tietty osuus vahingonkorvauksena. Toisaalta myöskään tuomioistuin ei ole yleensä ratkaisuisaan esittänyt, mihin vahingonkorvauksen laskeminen on perustunut.¹²⁹ Näihin ongelmiin on löydettävä oikeasuhtainen ja kestävä ratkaisu. Vaatimusten parempi perusteleminen on tietenkin yksi vaihtoehtoista.¹³⁰ Järjestelmän ongelmista ei voida kuitenkaan syyttää vain oikeudenhaltijoita.

¹²⁵ Kantajan tulee esimerkiksi Saksassa osoittaa tavaramerkkiloukkauksen yhteydessä, että ilman loukkausta hänen liikevaihtonsa olisi normaalitilanteessa tai erityistilanteessa mahdollisesti kasvanut. Sen vuoksi kantajan tulee esittää tuomioistuimelle yrityksen sisäiseen käyttöön tarkoitettuja tietoja liiketoiminnasta, jotta syy-yhteys voidaan näyttää toteen. Monet oikeudenhaltijat eivät halua kuitenkaan paljastaa edellä mainittuja tietoja tuomioistuimelle. SWD(2017) 431 final ANNEX III, s. 59-64.

¹²⁶ European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, s. 1 ja 3.

¹²⁷ Brusiin 1953, s. 121. Huolimattomuus voi johtua esim. siitä, että kilpailija ei ole ottanut selvää tavaramerkin rekisteröinnistä, ks. lisää Salmi ym. 2008.

¹²⁸ HE 32/1984, s. 8. OpMin työryhmien muistioita 1984:28.

¹²⁹ Sorvari 2005, s. 425. Siivola 1998, s. 171.

¹³⁰ Castrén 1979, s. 225.

IPRED:n soveltamisala on kiistämättä kuitenkin liian laaja, koska sen piiriin mahtuu monia erilaisia oikeudenloukkaajia. Joukko käsittää mm. voittoa tavoittelevia väärentäjiä tai piratismiin harjoittajia, edellä mainittujen tahojen asiakkaita, vilpittömässä mielessä toimivia yksityisiä henkilöitä ja samasta markkinaosuudesta kilpailevia oikeudenhaltijoita.¹³¹ Tästä johtuen IPRED:n taustalla olevat perustelut eivät välttämättä vastaa aina sen soveltamisalaa.¹³² Siksi olisikin ehkä parempi, jos IPRED:n rangaistusluonteisimmat seuraamukset kohdistettaisiin ennemminkin juuri väärentäjiin, piratismiin harjoittajiin ja vilpillisesti toimiviin elinkeinonharjoittajiin yksittäisten henkilöiden sijaan. Direktiivissä painotetaan kuitenkin jo nykyisin jokaisen tapauksen erityispiirteiden huomioimista, joten lainsäädännön muutoksille ei välttämättä ole edes tarvetta, jos tuomioistuimet tunnistavat nämä erityispiirteet.

2.4 Oikeudenhaltijan asema Suomessa

Immateriaalioikeuksien valvonta on yleensä oikeudenhaltijan vastuulla, koska viranomaisten tehtäviin ei kuulu immateriaalioikeuksien valvominen. Tieto loukkauksesta voi tulla oikeudenhaltijalle esimerkiksi markkinakäytön kautta, rekisteröintihakemuksia seuraamalla taikka sopimusriitojen perusteella. Loukkausten arviointi ei ole yleensä kovin selvää, koska monesti esimerkiksi sekoitettavuuden arviointi on varsin subjektiivista ja se voi riippua arviota tekevästä henkilöstä. Toisaalta alan asiantuntijat kykenevät antamaan menestymisarvioita oikeudenkäyntiä varten. Oikeudenhaltijan kannattaa myös laatia strategia oikeudenloukkausten ennaltaehkäisemiseksi.¹³³

Tästä johtuen oikeudenhaltijan tulisi ennen korvausasian vireille saattamista suorittaa ennakkoselvitys, jossa kartoitetaan omien oikeuksien asema suhteessa loukkaajan asemaan sekä muodostetaan neuvottelustrategia asian käsittelyä varten. Oikeudenhaltijan tulee selvityksessä arvioida tapahtunutta loukkausta ja varmistaa omien oikeuksiensa pysyvyys, jotta vastapuoli ei saa mitätöityä niitä kumoamiskanteella. Selvityksessä on hyvä huomioida myös oikeuksien laajuus ja maantieteellinen alue. Ennakkoselvityksen perusteella päätös prosessin vireille saattamisesta tehdään kokonaisharkinnan avulla, koska IP-oikeudenkäynnit voivat muodostua hyvin kalliiksi, eikä niiden lopputuloksesta ole täyttä varmuutta. Oikeudenhaltijan tulee myös tehdä valinta esimerkiksi seuraavien ratkaisumenetelmien väliltä: neuvottelu, sovinto, hallinnolliset prosessit, oikeudenkäynti tai välimiesmenettely.¹³⁴

¹³¹ Norrgård 2005, s. 514. Wal & Schaik 2008, s. 70.

¹³² Mylly 2004, s. 154 ja 180.

¹³³ Innanen & Jäske 2014, s. 209-210.

¹³⁴ Innanen & Jäske 2014, s. 210-211.

Varoituskirjettä käytetään yleensä ensimmäisenä yhteydenottotapana loukkaajaan. Kirjeen tarkoitus on saada loukkaaja lopettamaan kielletty toiminta ja varmistamaan, ettei tämä jatka sitä myöhemmin. Varoituskirje poistaa vastaajan vilpittömän mielen ja johtaa yleensä kahdenkeskisiin neuvotteluihin loukkaajan ja oikeudenhaltijan välillä. Neuvottelujen epäonnistumisen jälkeen oikeudenhaltijan kannattaa arvioida oikeudenkäynnin riskejä. Riskiarvioinnissa huomioidaan vastapuolen asema ja halukkuus riidellä. Oikeudenhaltijan tulee myös arvioida oikeudenkäynnin vaikutusta yrityksen maineelle.¹³⁵

On selvää, että loukkausten valvominen ja niihin puuttuminen aiheuttaa oikeudenhaltijalle merkittäviä kuluja ja vie tämän resursseja pois muulta toiminnalta. Oikeudenloukkauksiin puuttuminen siviiliprosessin kautta ei ole kuitenkaan välttämättä mielekästä, jos vahinkoa ei saada sitä kautta täysin korvattua. Siten varmuus vähintään todellisen vahingon ja kulujen korvaamisesta toimisi kannustimena oikeudenhaltijalle ryhtyä oikeudenkäyntiin. Lisääntyneet prosessit lisääisivät myös seuraamusjärjestelmän preventiovaikutusta.

Markkinaoikeus käsittelee teollis- ja tekijänoikeudelliset riita- ja hakemusasiat sekä teollisoikeudelliset valitusasiat. Markkinaoikeusuudistus keskitti immateriaalioikeudelliset riita-asiat markkinaoikeuteen 1.9.2013. Uudistuksen tarkoituksena oli selkeyttää aiempaa hajanaista monen tuomioistuimen kokonaisuutta sekä parantaa immateriaalioikeudellisten asioiden käsittelyn laatua. Markkinaoikeus toimii immateriaalioikeudellisissa riita- ja hakemusasioissa ensimmäisen asteen tuomioistuimena, jonka päätöksestä valitetaan suoraan korkeimpaan oikeuteen. Menettelystä markkinaoikeudessa määrätään oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa annetussa laissa, oikeudenkäymiskaaressa ja hallintolainkäyttölaissa.¹³⁶

Markkinaoikeuden ohjeiden mukaan haastehakemusta koskevat lähtökohtaisesti samat säännökset kuin haastehakemusta riita-asiassa käräjäoikeudessa. Koska markkinaoikeuden antama oikeussuoja perustuu täytäntöönpantavissa oleviin tuomioihin, hakemuksesta tulisi ilmetä mahdollisimman tarkasti millaista oikeussuojaa haetaan ja mihin seikkoihin vaatimuksen tueksi vedotaan. Haastehakemus koostuu ohjeiden mukaan seuraavista osista: tiivis johdanto asiaan, vaatimukset, oikeudelliset perusteet, kantajan käsitys asiaan vaikuttavista tosiseikoista, todistelu, kannanotto asiankäsittelyjärjestelystä ja muu liitettävä aineisto.¹³⁷ Haastehakemuksen toimittamisen jälkeen vastaajan tulee vastata siihen kirjallisesti annetussa määräajassa. Vastauksen antamista seuraa

¹³⁵ Innanen & Jäske 2014, s. 212.

¹³⁶ Aalto-Setälä ym. 2016, s. 295-296.

¹³⁷ Markkinaoikeuden ohjeet asiamiehille teollis- ja tekijänoikeudellisissa asioissa, 1.9.2013, s. 2-3.

valmisteluvaihe ja mahdollinen valmisteluistunto. Kirjallinen tuomio julkaistaan yleensä 30 päivän kuluessa pääkäsittelystä.¹³⁸

Oikeudenhaltijalle aiheutuu näin myös oikeudenkäyntiin valmistautumisesta ja sen aikana merkittäviä kuluja, minkä vuoksi oikeudenkäyntiriski kasvaa.¹³⁹ Vaikuttaa myös siltä, että EU:ssa suhtaudutaan myös varsin tiukasti rekisteröintien voimassaoloon, minkä vuoksi esimerkiksi tavaramerkin haltijan tulee kerätä aktiivisesti näyttöä merkin tosiasiallisesta käytöstä.¹⁴⁰ Näin oikeudenhaltija voi turvata asemansa mahdollisessa tulevaisuudessa käynnistytvässä oikeudenkäynnissä. Kaiken kaikkiaan oikeudenkäynti on aina riski oikeudenhaltijalle, koska sen lopputuloksesta ei ole varmuutta.

¹³⁸ Aalto-Setälä 2016, s.297-298.

¹³⁹ Oikeudenhaltijan voittaessa oikeudenkäynnin valvonta, selvittely ja muut kulut kuitenkin korvataan, ks. HE 32/1984, s. 16.

¹⁴⁰ Ks. esim. EUIPO, Cancellation No 14 788 C. Kyse oli ”BIG MAC” -yhteisötavaramerkin kumoamisesta.

3. TALOUDELLISEN VAHINGON KORVAAMINEN

3.1 Taloudellisen vahingon korvaamisen edellytykset

3.1.1 Yleistä immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta

Immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus on erityislakeihin perustuva järjestelmä, jonka kohteena on puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaaminen. Kuten on jo todettu IPRED asettaa kansalliselle immateriaalioikeudelliselle vahingonkorvaukselle vaatimuksia, jotka sen on täytettävä. Tutkielman rakenne on muodostettu korvaukseen vaikuttavien seikkojen osalta näiden vaatimusten mukaisesti ja tarkastelu aloitetaan taloudellisen vahingon korvaamisesta. Tämän jälkeen siirrytään kiistanalaisempiin kysymyksiin aineettoman vahingon korvaamisesta ja loukkaajan saaman perusteettoman edun palauttamisesta oikeudenhaltijalle.

Vahingonkorvausta tuomitaan hyvityksen lisäksi vain tahallisten ja tuottamuksellisten loukkausten yhteydessä, jolloin vahingonkorvausta ei suoriteta ilman tuottamusta aiheutettujen tekojen osalta. IPRED:n 13(1) artiklan mukaan loukkaaja on velvollinen maksamaan oikeudenhaltijalle vahingonkorvauksen, joka vastaa tälle loukkauksen johdosta koitunutta tosiasiallista vahinkoa. Tältä osin vahingonkorvauksesta säädetään yhtenäisesti ja direktiiviä vastaavasti kansallisissa immateriaalioikeuslaeissa. Esimerkiksi tavaramerkkilain 38.2 §:n mukaan loukkaaja on velvollinen suorittamaan loukatulle korvauksen kaikesta vahingosta, jonka loukkaus aiheuttaa. Samoin tekijänoikeuslaki 57.2 §:n mukaan loukkaajan on hyvityksen lisäksi suoritettava korvaus kaikesta muustakin menetyksestä. Edellä esitetyillä perusteilla yleisen vahingonkorvausoikeuden täyden korvauksen periaate koskee myös immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta. Immateriaalioikeudellisen korvauksen tuleekin kattaa kaikki todistettavissa olevat kulut ja menetykset.¹⁴¹

Immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen funktio näkyy eri immateriaalioikeuslakien korvaussäännösten sanamuodoissa. Vahingonkorvauksen kompensointitehtävä vaikuttaisikin lain tasolla vastaavan yleisen vahingonkorvausoikeuden mukaista funktiota.¹⁴² Vahingonkorvauksella on myös preventiivinen funktio immateriaalioikeudessa, vaikka kieltotuomio ja rikosoikeudellinen rangaistus saattavatkin vähentää sitä. Toisaalta vahingonkorvauksen tehtävänä on toteuttaa

¹⁴¹ HE 26/2006, s. 23.

¹⁴² Castrén 1979, s. 4-5.

yksinoikeuksien suojaa käytännössä eli tosin sanoen ylläpitää osaltaan koko immateriaalioikeudellista suojajärjestelmää.¹⁴³

Merkittävää on, että loukkaustilanteissa myös sovittelu on mahdollista. Esimerkiksi tavaramerkkiloukkauksen yhteydessä vahingonkorvausta voidaan sovittelaa, jos loukkaajan tuottamus on vain lievää. Sovittelu edellyttää kuitenkin tilannekohtaista tarkastelua, koska tarkoituksena ei ole automaattisesti sovittelaa korvausta kaikissa lievän tuottamuksen tilanteissa, vaan lisäksi tulisi edellyttää, että korvausvelvollisuus harkitaan kohtuuttoman raskaaksi ottaen huomioon loukkaajan ja loukatun varallisuusolot ja muut olosuhteet. Vaikka sovittelun tarkoituksena on välttää loukkaajan taloudellisen tilanteen romahtaminen kohtuuttoman raskaiden korvausvelvollisuuksien vuoksi, ei sovitteluun tule ryhtyä yksin sillä perusteella, että osapuolien taloudelliset asemat ovat huomattavan erilaisia. Sovittelu saattaa olla myös oikeudenhaltijalle kohtuutonta, jolloin tämän intressit ovat etusijalla.¹⁴⁴

Vahingonkorvaus ei siten muodostu edes yksittäisen henkilön tekemän loukkauksen kohdalla liian ankaraksi, jos hän vetoaa korvauksen sovitteluun ja tuomioistuin antaa sille painoarvoa tapauksen erityispiirteiden perusteella. Tämä vaikuttaa osaltaan siihen, että ankarimmat seuraamukset kohdistuvat tarkoituksenmukaisesti ja oikeassa suhteessa teon moitittavuuteen.

3.1.2 Tahallisuus ja tuottamus

Immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus perustuu tuottamusvastuuseen ja se määritellään IPRED-direktiivissä ja kansallisissa immateriaalioikeudellisissa laeissa samalla tavalla:

IPRED 13(1) artikla: ”Jäsenvaltioiden on varmistettava, että toimivaltaiset oikeusviranomaiset määräävät vahingon kärsineen osapuolen hakemuksesta loukkaajan, *joka tiesi tai jolla oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon*, maksamaan oikeudenhaltijalle vahingonkorvauksen

Tavaramerkkilaki 38.2 §: ”Joka tahallaan tai huolimattomuudesta loukkaa oikeutta tavaran tunnusmerkkiin, on velvollinen suorittamaan loukatulle korvauksen.”

Koska yleinen vahingonkorvausvastuu perustuu tuottamukseen ja rangaistusvastuu tahallisuuteen, vahingonkorvausvastuu toteutuu helpommin ja voi siten toimia eräänlaisena pelotteena loukkaukseen ryhtyville henkilöille.¹⁴⁵ Vahingonkorvausoikeudellisen tuottamusvastuun kohdalla olennaisessa

¹⁴³ Castrén 1979, s. 7.

¹⁴⁴ HE 26/2006, s. 23.

¹⁴⁵ Brusiin 1953, s. 121. Huolimattomuus voi johtua esim. siitä, että kilpailija ei ole ottanut selvää tavaramerkin rekisteröinnistä, ks. lisää Salmi ym. 2008.

asemassa on toiminnanharjoittajalle määrätty huolellisuuden aste, jota noudattamalla tämä välttyy vahingonkorvausvelvollisuudelta. Tällöin tarkastellaan tiettyä normaalimenettelyä samankaltaisessa tilanteessa, ja verrataan sitä loukkaajan menettelyyn.¹⁴⁶ Tässä kohdin olennaista on myös kannustinvaikutuksen merkitys, jolloin vahingonkorvausoikeuden tarkoituksena on vaikuttaa ennakolta toiminnanharjoittajien toimintaan siten, että he pyrkivät minimoimaan vahinkojen syntymisen. Jos vahingonkorvausoikeudella ei olisi lainkaan edellä mainittua vaikutusta, olisi turhaa määrätä vahingonkorvauksia maksettavaksi.¹⁴⁷

Pohjoismaisen perinteen mukaan vahingonkorvausoikeudellinen vastuu on jaettu lisäksi tuottamusvastuuseen ja tuottamuksettomaan vastuuseen.¹⁴⁸ KKO on rinnastanut tuottamuksen puuttumisen vilpittömään mieleen ratkaisussa 1997:63. Immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa erityispiirteenä on se, että myös ilman tuottamusta aiheutettu loukkaus aiheuttaa hyvitysvastuun (”ei tiennyt, eikä pitänyt kukaan tietää teon lainvastaisuudesta”). Tällöin ei makseta vahingonkorvausta, vaan kohtuullinen hyvitys oikeuden käyttämisestä.¹⁴⁹ Näin ollen tuottamuksen arvioiminen on olennainen vain immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen kohdalla siltä osin kuin kyse ei ole hyvityksestä. Hyvitysvastuun syntymiseen palataan jäljempänä kappaleessa kuusi.

Vaikka vahingonkorvaus perustuu tuottamusvastuuseen, on myös syyllisyyden asteella luonnollisesti merkitystä. Syyllisyyden aste vaikuttaa yleisesti maksettavan korvauksen suuruuteen siten, että tahallinen tai törkeällä huolimattomuudella aiheutettu loukkaus on vakavampi kuin pelkkä tuottamuksellinen loukkaus.¹⁵⁰ Erityisesti järjestäytynyt rikollisuus saattaa perustua laskelmoivaan voiton tavoitteluun loukkauksien kautta.¹⁵¹ Vahingonkorvausoikeudessa onkin katsottu, että taloudellisen edun ja yleensäkin oman edun tavoittelu on yksi vahingonkorvauksen sovittelun estymiseen johtavista tekijöistä.¹⁵² Tekijänoikeuden kohdalla on katsottu, että loukkaajan tahallisuus kuuluu vahingonkorvausvastuun subjektiivisiin, loukkaajaan liittyviin edellytyksiin. Tällöin keskeistä on se, onko loukkaaja itse mieltänyt toimintansa sisältävän riskin immateriaalioikeudellisten lakien säännösten loukkaamisesta. Asiantuntemuksella on merkittävä vaikutus loukkaajan mahdollisuuksiin arvioida riskiä.¹⁵³

¹⁴⁶ Eltell & Radetzki 2005, s. 236

¹⁴⁷ Määttä 2006, s. 161.

¹⁴⁸ Tapio 2014, s. 350.

¹⁴⁹ Ks. esim. HE 32/1984, s. 8 ja TN 1987:3.

¹⁵⁰ Brusiin 1953, 119-120.

¹⁵¹ Määttä & Pihlajamäki 2003, s. 49-51.

¹⁵² Saarnilehto 2007, s. 65. Haarmann 2014, s. 153, 235 ja 392.

¹⁵³ Eltell & Radetzki 2005, s. 235.

Edellä todetusti myös EU:n tavoitteena on ollut immateriaalioikeuksien alalla puuttua rikolliseen ja järjestäytyneeseen toimintaan, eikä niinkään yksittäisten ihmisten omaan käyttöön hankkimaansa aineistoon. Katson, että toisen immateriaalioikeuden luvaton käyttäminen tällaisessa taloudellisessa hyötymistarkoituksessa perustelisi rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen soveltamista ainakin siten, että kaikista rangaistusluonteisimmat seuraamukset kohdistuisivat sellaisten tahojen toimintaan. Tätä kautta vältetään myös ongelmat, jotka liittyvät tilanteisiin, joissa yksittäiset kansalaiset loukkaavat immateriaalioikeuksia enemmän tai vähemmän tuottamuksellisesti.¹⁵⁴ Ei olisi myöskään perusteltua vahvistaa oikeudenhaltijoiden asemaa liikaa.

3.1.3 Riittävä näyttö

Oikeudenhaltijan on näytettävä toteen yleisen vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden mukaisesti kaikki loukkauksesta aiheutuneet kulut ja menetykset esimerkiksi tositteiden ja selvitysten avulla.¹⁵⁵ Vahingonkärsijän on osoitettava myös, millaista vahinkoa hän on kärsinyt sekä tietyllä todennäköisyydellä, että vahinko on x määrän suuruinen euroissa.¹⁵⁶ Asia ei ole kuitenkaan näin mustavalkoinen.

Tavallisin immateriaalioikeudellinen loukkauksesta aiheutunut vahinko on saamatta jäänyt voitto, jonka arvioiminen perustuu suhteellisen epävarmoihin tekijöihin kuten loukkaajan saaman voiton määrään.¹⁵⁷ On siten syytä huomata, että esimerkiksi tavaramerkin loukkaustilanteissa vahinkoa on vaikeampi näyttää toteen kuin henkilö- ja esinevahinkojen kohdalla, koska vahinko on yleensä aiheutunut liikevoiton menetyksestä.¹⁵⁸ Vahingonkorvaukseen saattavat vaikuttaa myös esimerkiksi tuotteiden myynnin lasku, poisjääneet tilaukset ja heikentyneet mahdollisuudet saattaa tuote markkinoille voittoa tuottavalla tavalla.¹⁵⁹

Vahingonkorvausta voidaanakin immateriaalioikeudessa tuomita siitä huolimatta, että tarkkaa määrää ei ole osoitettu. Tämä merkitsee poikkeamista täyden näytön periaatteesta ja korvauksen harkintavalta on tällöin kokonaan tuomioistuimella. Tuomioistuimelle on kuitenkin mahdollista esittää joko vahinkoa tukevia tai vastustavia seikkoja. Jos näyttöä on saatavissa, mutta sitä ei haluta esittää,

¹⁵⁴ Tällä viitataan erityisesti kiristyskirjeilmiöön, jossa kuluttajia on vaadittu maksamaan tekijänoikeusloukkauksen johdosta hyvitysmaksuja oikeudenkäynnillä uhkaamalla. Ks. esim. Helsingin Sanomat 14.7.2018: ”Asianajajaliitto antoi moitteet tekijänoikeuskirjeitä lähettäneelle asianajajalle – tekijänoikeuslakia rikottu, toiminta hyvän asianajajataivan vastaista.” < <https://www.hs.fi/talous/art-2000005756306.html> >. Ks. myös Castrén 1979, s. 133-134.

¹⁵⁵ HE 26/2006, s. 23.

¹⁵⁶ Länsman & Vuori-Karvia 2014, s. 15.

<https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/karajaoikeuspainotteistenlaaturahankkeidenraportit/2014/op4hoGzFP/Todistustaakka_riita-asioissa_66_sivua.pdf>

¹⁵⁷ Aalto-Setälä ym. 2016, s. 301.

¹⁵⁸ Castrén 1979, s. 5.

¹⁵⁹ Oesch 1989, s. 72-73.

korvausta ei voida tuomita.¹⁶⁰ Konfliktin syntyessä on erittäin vaikeaa ennustaa sitä, miten vahingon aiheutuminen on muuttanut tapahtumisen kulkua. Yrityksen tuotantosuunnitelma ei myöskään välttämättä kerro tuotteiden todellisesta kysynnästä ja toteutuvasta myynnistä.¹⁶¹ Näyttökynnyksen alentaminen on myös perusteltua sitä kautta, että on jopa väitetty, että näytön arvioiminen vie kaikki tuomioistuimen resurssit, jolloin korvauksen suuruuden arviointiin ei jää tarpeeksi aikaa.¹⁶²

OK 17:2.3:n mukaan siinä tapauksessa, että yksityisoikeudellisen saatavan määrästä ei ole saatavissa uskottavaa näyttöä taikka se olisi saatavissa vain vaikeuksin tai asian laatuun nähden kohtuuttomilla kustannuksilla tai kohtuuttomalla vaivalla, tuomioistuin arvioi määrän.¹⁶³ Säännös estää kanteen epäoikeudenmukaisen hylkäämisen tilanteessa, jossa saatavan perusteista on näyttöä, mutta sen täsmällistä määrää ei voida yksilöidä. Säännös soveltuu ensinnäkin silloin, kun ei ole mahdollista esittää lainkaan näyttöä edes teoriassa (esim. kipu ja särky). Soveltamisalaan kuuluu myös tilanteet, joissa suuntaa antavaa näyttöä voidaan esittää, mutta vahinkoa ei voida ilmaista tarkasti rahassa. Olennaista on, että OK 17:2.3 ei velvoita enää tuomioistuinta arvioimaan vahinkoa kohtuuden mukaan, jolloin korvaus perustuisi vahingon vähimmäismäärään¹⁶⁴ ollen ennemmin liian alhainen kuin liian suuri. Se sijaan vahingon suuruutta tulee arvioida objektiivisin kriteerein.¹⁶⁵

Näytön esittämistä on pidettävä kohtuuttomana, jos esimerkiksi todistelun kustannukset ovat suhteettoman suuret suhteessa riidan arvoon tai todisteiden hankkiminen on liian työlästä.¹⁶⁶ Myös satunnaiset syyt, kuten ’osapuolen kuolema, voi estää näytön hankkimisen.¹⁶⁷ Harkinnassa voidaan ottaa huomioon loukkauksen laajuus ja loukatun oikeuden luonne.¹⁶⁸ Säännöksen sanamuodosta seuraa kuitenkin, että se koskee ainoastaan vahingon määrää, jolloin sen perusteella ei voida arvioida syy-yhteyttä tai vahingon perustetta.¹⁶⁹

Vaikka vahingonkärsijä olisi osittain laiminlyönyt näyttövelvollisuutensa, voitiin vanhaa OK 17:6 kuitenkin Halilan mukaan soveltaa, jos tuomioistuin pystyi oman asiantuntemuksensa ja esitetyn

¹⁶⁰ Läsman & Vuori-Karvia 2014, s. 15.

¹⁶¹ Karhu 2016, s. 22. Oikeudenhaltijan esittämät myyntiarviot eivät ole välttämättä objektiivisia, koska ne ovat yhtiön markkinointiosaston laatimia. Lisäksi arvioissa oletetaan myynnin kasvavan tietyn määrän tietyn ajan kuluessa, ks. Siivola 1998, s. 138.

¹⁶² Haarmann 2005a, s. 55.

¹⁶³ Säännös vastaa osittain aikaisempaa OK 17:6:ää. Olennaisena erona on se, että uusi säännös koskee kaikkia yksityisoikeudellisia saatavia eikä perustu kohtuulliseen arvioon. Aikaisempaa säännöstä koskeva oikeuskirjallisuus on kuitenkin muilta osin yhä relevanttia.

¹⁶⁴ Ks. lisää vahingon vähimmäismäärän korvaamisesta Hemmo 2005, s. 201-203 ja KKO 1997:141.

¹⁶⁵ Myöskään rikoshyödyn palauttamisessa ei sovelleta kohtuus perustetta. Kuitenkin OK 3:1 rajoittaa tuomioistuimen harkintavalttaa. HE 46/2014, s. 47-48. Halila 1961, s. 298.

¹⁶⁶ Jokela 2015, s. 348. Halila 1961, s. 296. Castrén 1979, s. 171.

¹⁶⁷ Halila 1961, s. 297.

¹⁶⁸ Salmi ym. 2008, s. 655-656.

¹⁶⁹ Linna 2012, s. 79.

aineiston perusteella arvioimaan vahingon.¹⁷⁰ Lisäksi Castrenin mukaan oikeudenhaltijan ei ole pakko esittää oikeudelle selvitystä siitä, millaisilla kustannuslaskelmilla liikevoiton menetys on arvioitu tosiasiallisesti. On huomattava, että tällöin tuomioistuimien käyttää kokemusperäistä arviointitapaa samoin kuin loukkauksen ja vahingon syy-yhteyden osalta (”on omiaan”).¹⁷¹ Sorvari on puolestaan katsonut, että oikeudenhaltijan haluttomuus toimittaa tuomioistuimelle liikesalaisuuksia sisältäviä taloudellisia tietoja, ei ole peruste, jolla säännös tulisi sovellettavaksi.¹⁷² Kuitenkin KKO:n ratkaisun 16.3.1970 taltio 644 mukaan todistajan ei tarvinnut paljastaa tuotteen valmistuskustannuksia OK 17:6 soveltamiseksi, koska ne olivat yhtiön liikesalaisuuksia.¹⁷³ Edelleen ottaen huomioon IPRED:n asettaman tehokkuuden vaatimuksen ja loukkaajan perusteettoman hyötymisen kiellon voidaan Castrenin ja Halilan kantaa pitää perustellumpana.

Joka tapauksessa siviiliprosessissa näyttökynnys on kuitenkin alhaisempi kuin rikosten yhteydessä.¹⁷⁴ Alhaisemmalla näyttökynnyksellä on ollut tarkoitus helpottaa loukatun osapuolen mahdollisuutta vaatia vahingonkorvausta ja samalla estää vahingonaiheuttajaa hyötymästä oikeudettomasta menettelystään oikeudenhaltijan kustannuksella.¹⁷⁵ Täyden näytön periaate ja siitä luopuminen loukatun hyväksi muistuttaakin tietyllä tavalla rikastumiskiellon asemaa koskevia kysymyksiä immateriaalioikeudessa. Molemmissa on yhtäältä osaksi kyse yleisestä pääsäännöstä poikkeamisesta oikeudenhaltijan hyväksi.

3.1.4 Differenssioppi

Differenssioppia sovelletaan vahingon arvioimiseen sekä yleisessä vahingonkorvausoikeudessa että immateriaalioikeudessa. Differenssioppiin perustuva vahingon arvioiminen on luonteeltaan aina abstraktia, koska sen arvioiminen on erotettu todellisesta kontekstistaan. Tarkemmin sanottuna differenssioppiin perustuvan vahingonkorvauksen tarkoituksena on korvata vähentyneen varallisuuden arvo. Tällainen varallisuuden vähenemisenä ilmenevä vahinko on mahdollista laskea omaisuuden hypoteettisen arvon ja todellisen arvon erotuksena. Arvioinnissa verrataan siten omaisuuden arvoa kahtena eri ajankohtana ja arvonmuutos vastaa vahingon suuruutta. Differenssiopin vahvuus on siinä, että se on helposti matemaattisesti perusteltavissa. Ongelmia aiheutuu kuitenkin siitä, että kaikki vahingot tulisi arvioida yleisesti kyseisen opin kautta, vaikka oppi

¹⁷⁰ Kyse on vapaasta harkinnasta, joka koskee myös nykyistä säännöstä, ks. Halila 1961, s. 297. Myös Brusiin on korostanut immateriaalioikeudellista vapaata harkintaa, ks. Brusiin 1953, s. 111-114.

¹⁷¹ Oikeudenhaltija eivät halua ilmoittaa nettovahingon laskemiseen tarvittavia muuttuvia ja kiinteitä kuluja eikä myöskään poistoja, koska kustannuslaskelmia voidaan pitää liikesalaisuuksina. Tiedot voivat levitä oikeudenkäynnin yhteydessä sivullisille, ks. Castrén 1979, s. 157-159 ja 171-173.

¹⁷² Ks. esim. Sorvari 2005, s. 424-425.

¹⁷³ Siivola 1998, s. 171-172.

¹⁷⁴ Lappalainen 2001, s. 338 ja 346.

¹⁷⁵ Halila 1961, s. 291-292.

ei soveltuisikaan niiden arvioimiseen. Differenssioppi soveltuu käytännöllisesti ainoastaan saamatta jääneen liikevoiton arvioimiseen. Voidaankin katsoa, että opin kautta ei oikeastaan edes selvitetä vahingon arvoa, vaan sillä pyritään selvittämään saamatta jäänyttä voittoa.¹⁷⁶

Differenssioppi luo siten kuvan hypoteettisesta tulevaisuuden tilanteesta, jossa vahinkoa ei olisi lainkaan sattunut. Menetettyä voittoa on mahdotonta kiinnittää todelliseen tapahtumaan, mistä seuraa, että arviointi on aina abstraktia.¹⁷⁷ Differenssiteorioiden soveltamisesta johtuu, että syy-yhteyttä ei voida osoittaa täsmällisesti.¹⁷⁸ Immateriaalioikeudelliset vahingot ovat kuitenkin immateriaalioikeuksien luonteen takia yleensä loukkaajan näkökulmasta hyvin ennakoitavissa. Yleisen elämäkokemuksen tai asioiden normaalilta kululta vaadittava todennäköisyys ratkeaa kuitenkin tapauskohtaisesti.¹⁷⁹

Differenssioppi on edellä esitetyillä perusteilla luonnollisesti hyödyllinen immateriaalioikeudessa saamatta jääneen voiton laskemisen yhteydessä. Tällöin oikeudenhaltijan liikevaihtoa voidaan verrata kahtena eri ajankohtana, minkä perusteella voidaan arvioida, onko loukkaus vähentänyt sitä. Tällöin vahingon suuruus vastaa suoraan saamatta jäänyttä voittoa eli vahingolle voidaan osoittaa rahamäärä. Kyseessä on kuitenkin arvio tulevaisuuden tilanteesta ilman oikeudenloukkausta, mikä tekee immateriaalioikeudellisen saamatta jääneen voiton arvioimisesta abstraktia. Katson, että arviointi on vielä astetta abstraktimpaa immateriaalioikeudellisten markkinahäiriövahinkojen kohdalla, koska markkinahäiriövahinkoa pidetään vahinkona, jota ei voida ilmaista saamatta jääneenä liikevoittona.

3.2 Erilaiset taloudelliset vahingot

3.2.1 Taloudellisen vahingon määritelmä

Taloudellinen vahingon korvaaminen mainitaan nimenomaan IPRED:n vahingonkorvausta koskevassa artiklassa. IPRED 13(1) artiklan a kohdan mukaan määrittäessään vahingonkorvauksen oikeusviranomaisten on otettava huomioon kaikki asianmukaiset näkökohdat kuten vahingon kärsineelle osapuolelle aiheutuneet kielteiset taloudelliset seuraukset saamatta jäänyt voitto mukaan lukien. Taloudellinen vahinko on siten määritelty kielteiseksi taloudelliseksi seuraamukseksi, joiden joukkoon kuuluu erityisesti oikeudenhaltijan saamatta jäänyt voitto. Myös kansallisten immateriaalioikeuslakien vahingonkorvaussäännökset kattavat taloudellisen vahingon. Taloudellisen vahingon asema korvattavana vahinkona on vahva, koska immateriaalioikeudelliset vahingot ovat

¹⁷⁶ Viljanen 2008, s. 103-110.

¹⁷⁷ Viljanen 2008, s. 122-131.

¹⁷⁸ Castrén 2015, s. 232.

¹⁷⁹ Castrén 2015, s. 235-237.

puhtaita varallisuusvahinkoja. Sen sijaan taloudellisen vahingon määrittelemisen käsitteenä ei ole yhtä yksinkertaista.

Yleisessä vahingonkorvausoikeudessa on lähdetty siitä, että taloudellinen vahinko voidaan ilmaista rahassa, minkä vuoksi on selvitettävä vahingon rahamäärä, joka on myös samalla suoraan vahingonkorvauksen suuruus.¹⁸⁰ Immateriaalioikeudessa taloudellinen vahinko ilmenee puolestaan yleensä saamatta jääneenä liikevoittona ja markkinahäiriönä.¹⁸¹ Markkinahäiriövahingon asema taloudellisena vahinkona ei ole kuitenkaan yhtä selkeä kuin saamatta jääneen liikevoiton, vaikka jos sen nimen perusteella voidaan päätellä, että kyseessä on markkinoihin liittyvä vahinko, joka on luonteeltaan hyvinkin taloudellinen.

Tässä tutkielmassa taloudellisen vahingon käsitteen katsotaan sisältävän myös mahdollisen markkinahäiriövahingon siitä huolimatta, että esimerkiksi goodwill-vahinko ja sen arvioiminen sisältää aineettoman vahingon arvioimista muistuttavia piirteitä. Erottelu tehdään selvästi siten ainoastaan taloudellisen ja aineettoman vahingon välille, jolloin aineettomaan vahinkoon sisältyy erityisesti oikeudenhaltijan kokema kärsimys ja muu sellainen haitta. Kärsimys on siten ainoa vahinkotyyppi, joka ei immateriaalioikeudessa luonteensa vuoksi ole taloudellinen.¹⁸²

3.2.2 Saamatta jäänyt liikevoitto taloudellisena vahinkona

Immateriaalioikeuksien aineettomasta luonteesta johtuu, että loukkauksesta aiheutuva vahinko näyttäytyy yleensä saamatta jääneenä voittona, jonka oikeudenhaltija olisi itse saanut käyttämällä oikeuttaan. Saamatta jäänyt voitto perustuu siihen, että loukkaaja on voinut käyttää oikeudenhaltijalle kuuluvaa oikeutta siten kuin oikeudenhaltija olisi itse voinut käyttää sitä omassa toiminnassaan. Vahinkoa aiheutuu myynnin vähenemisen ja poisjääneiden tilausten muodossa. Loukkaajan saama voitto antaa yleensä suuntaa siitä, miten paljon oikeudenhaltija olisi voinut saada liikevoittoa. Tämä on kuitenkin osoitettava todennäköiseksi.¹⁸³

Toisaalta myös saamatta jääneen voiton, kohdalla vahingon tarkkaa määrää voi olla vaikea osoittaa.¹⁸⁴ Saamatta jääneen voiton arvioiminen on viime kädessä kokemusperäistä. Yksinoikeuden monopoliluonteen vuoksi luvaton käyttäminen aiheuttaa kuitenkin aina enemmän tai vähemmän

¹⁸⁰ Brusiin 1953, s. 162-163.

¹⁸¹ Castrén 1979, s. 175.

¹⁸² ”Ellei tätä tulkintaa hyväksytä, jää vastattavaksi kysymys, minkä laatuista sitten olisi se tekijälle tullut vahinko tai haitta, joka ei ole laadultaan taloudellista.”, ks. Brusiin 1953, s. 109-110.

¹⁸³ Sorvari 2005, s. 415-416. Kivimäki 1966, s. 181.

¹⁸⁴ Halila 1961, s. 295.

vahinkoa oikeudenhaltijalle.¹⁸⁵ Edellä todetusti saamatta jäänyt voitto voidaan kuitenkin arvioida OK 17:2.3:n perusteella.

Silti esimerkiksi tekijänoikeuden osalta vaatimuksia saamatta jääneen voiton korvaamiseksi esitetään hyvin harvoin ja vain laajamittaisten ja ammattimaisten tekijänoikeuden loukkausten yhteydessä.¹⁸⁶ Ratkaisussa KKO 1999:115 oli kyse tekijänoikeuden loukkauksesta ja kantaja oli vaatinut toissijaisesti vahingonkorvausta muun muassa sillä perusteella, että loukkaus oli aiheuttanut sille myynnin vähentymistä. KKO katsoi kuitenkin, että vahinkoa ei ollut yksilöity riittävän tarkasti, joten sitä ei voinut arvioida OK 17:6:n perusteella.

Ratkaisussa MAO:271/17 oli kyse tavaramerkkiin sekoitettavissa olevan merkin käytöstä. Vahingonkorvauksen osalta MAO katsoi, että oikeudenhaltijan loukkauksen ajankohtana kasvanut liikevaihto merkitsi sitä, että taloudellista vahinkoa ei voitu näyttää sen perusteella toteen.¹⁸⁷ Kasvaneesta liikevaihdosta seurasi myös, että vahingon arvioimiseen ei voitu käyttää loukkaajan saamaa liikevaihtoa. Asiassa huomioitiin sen sijaan sekaannuksesta johtuvista reklamaatioista aiheutunut lisätyö ja goodwill-vahinko. Loukkauksen aiheuttamaa taloudellista vahinkoa on siten vaikea näyttää toteen silloin, kun oikeudenhaltijan liikevoitto on kasvanut loukkauksen ajankohtana. Tällöin oikeudenhaltijan tulisi osoittaa, että liikevoitto olisi ollut vielä suurempi ilman loukkausta.

Vaikuttaa siltä, että saamatta jäänyt voitto, korvataan edellä esitetyn differenssiteorian pohjalta vertaamalla oikeudenhaltijan liikevaihtoa eri ajankohtina. Koska saamatta jäänyt voitto on ilmaistavissa rahassa, se tulisi myös ilmaista rahamääränä perustuen liikevaihtoon. Liian yksilöimätöntä korvausvaatimusta ei siten hyväksytä. MAO voi kuitenkin aina arvioida saamatta jääneen liikevoiton viime kädessä OK 17:2.3:n perusteella.

3.2.3 Markkinahäiriövahingon epäselvä asema

Immateriaalioikeudelliselle markkinahäiriövahingolle on tyypillistä, että sitä ei voida yleensä lainkaan ilmaista saamatta jääneenä voittona.¹⁸⁸ Markkinahäiriövahinkoa aiheutuu immateriaalioikeudessa goodwill-arvon ja erottamiskyvyn heikentyminen seurauksena,¹⁸⁹ ja sen on katsottu sijoittuvan taloudellisen ja aineettoman vahinkolajin välille.¹⁹⁰ Usein markkinahäiriövahinko

¹⁸⁵ Castrén 1979, s. 150-151.

¹⁸⁶ Sorvari 2005, s. 417-418. KKO 1995:202. Yksittäisten henkilöiden harjoittama satunnainen nettipiratismi on siten jäänyt kokonaan vahingonkorvauksen ulkopuolelle.

¹⁸⁷ MAO:n mukaan oikeudenhaltijan olisi tullut näyttää, että liikevaihdon kasvu olisi ollut vielä suurempaa ilman loukkausta. Vaatimusta vaikuttaa kuitenkin kohtuuttoman vaikealta toteuttaa.

¹⁸⁸ Goodwill-arvon huomioiminen vapauttaa tuomarin tappion määrän laskemisesta, ks. Hakulinen 1965, s. 415.

¹⁸⁹ Salmi ym. 2008, s. 654-655.

¹⁹⁰ Castrén 2015, s. 139.

syntyy, kun oikeudenhaltijan liiketoimintaa vahingoittuu arvonalenemisen myötä. Korvauskelpoisuuteen on suhtauduttu pidättyvästi, koska kyseessä on vasta tulevaisuudessa ilmenevä vahinko. Markkinahäiriövahingon korvaamisen ei ole katsottu tulevaisuudessa ilmenevän vahingon osalta olevan perusteltua, ellei siihen ole pakottavaa tarvetta.¹⁹¹ Markkinahäiriövahinko voidaan kuitenkin näyttää toteen muun muassa tietyn asiakaspiirin olemassaolon ja asiakassuhteiden häiriintymisen osoittamisella.¹⁹²

Vahingonkorvauksessa voidaankin kuitenkin huomioda tulevaisuudessa oletettavissa oleva tappio oikeudenhaltijan vaatimuksesta, mikäli sen osoitetaan riittävän luotettavasti perustuvan vahingontekoon.¹⁹³ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1995:202 markkinahäiriönä tekijänoikeutta loukattaessa pidettiin liiketoiminnan arvonnannon vähentymisen ja asiakassuhteiden häiriintymisen johdosta sellaista liiketulon menetystä ja muuta taloudellista vahinkoa, jonka toteen näyttäminen on vaikeaa. Konkreettisesti vahinko ilmeni menekin ja uusien sopimusten vähenemisenä.¹⁹⁴ Toisaalta tässä kohtaa herää kysymys siitä, määritelläänkö markkinahäiriövahinko immateriaalioikeudessa vahinkona, jonka toteen näyttäminen on vaikeaa.

Jos perinteinen taloudellinen vahinko ja markkinahäiriövahinko halutaan pitää erillään, ei vähentynyttä myyntiä eli saamatta jäänyttä voittoa tulisi ensinnäkään korvata markkinahäiriövahinkona. Markkinahäiriötä aiheutuisi siten ennemminkin myynnin hidastumisesta, jolloin oikeudenhaltijan pääomaa sitoutuu varastossa oleviin myymättä jääneisiin tuotteisiin eikä oikeudenhaltija voi käyttää pääomaa tarkoittamallaan tavalla. Sama koskee alennusmyyntiä, jolla oikeudenhaltija joutuu hankkimaan rahoitusta jatkaakseen liiketoimintaansa.¹⁹⁵ Samoin yritys on voinut jo käyttää resurssejaan tuotteen suunnitteluun ja markkinointiin, jotka osoittautuvat loukkauksen vuoksi turhiksi.¹⁹⁶ Toisaalta tuomioistuin voi arvioida sekä saamatta jääneen liikevoiton että markkinahäiriövahingon OK 17:2.3:n perusteella, joten erottelulla ei ole käytännössä edes suurta merkitystä.

Ratkaisussa MAO:527/18 oli kyse toiminimiloukkauksesta, jossa kilpaileva ravintola oli käyttänyt oikeudettomasti oikeudenhaltijan toiminimeen sekoitettavissa olevaa nimeä. MAO hylkäsi vahingonkorvausvaatimukset oikeudenhaltijan toteutumatta jääneen laajentumisen ja kilpailijan

¹⁹¹ Castrén 2015, s. 265.

¹⁹² Castrén 1979, s. 124-128.

¹⁹³ Aalto-Setälä ym. 2016, s. 301. HE 26/2006, s. 23. KKO 2005:143.

¹⁹⁴ Siivola epäilee, että KKO käyttää markkinahäiriövahingon käsitettä yleiskäsitteenä sellaisissa tilanteissa, joissa vahingon määrää on vaikea ilmaista tarkasti. Edelleen Siivolan mukaan markkinahäiriön korvaaminen rikkoo rikastumiskieltoa tekijänoikeudenloukkauksen yhteydessä, ks. Siivola 1998, s. 144-145 ja 175.

¹⁹⁵ Siivola 1998, s. 146.

¹⁹⁶ Castrén 1979, s. 175.

käyttämien supistettujen aukioloaikojen aiheuttaman goodwill-vahingon osalta näytön puuttumisen vuoksi. Sen sijaan selvitystä oli esitetty siitä, että asiakaskunta oli seikoittanut ravintolat toisiinsa, mikä oli johtanut pöytävarausten peruuntumiseen ja ravintolan kapasiteetin käyttämättä jäämiseen. Kantaja oli myös esittänyt aikaisempien vuosien liikevaihtonsa. MAO arvioi OK 17:2.3:n mukaan vahingon käyttämättä jääneestä kapasiteetista loukkauksen keston perusteella olevan 1 000 euroa.

Ratkaisussa oli siten kyse markkinahäiriövahingon korvaamisesta, sillä perusteella, että merkkien sekoitettavuus oli aiheuttanut oikeudenhaltijalle käyttämättä jäänyttä kapasiteettia. Katson, että kyseisessä ratkaisussa on kyse juuri puhtaasta markkinahäiriövahingosta, koska ylikapasiteetista aiheutunutta vahinkoa ei voida ilmaista suoraan saamatta jääneenä voittona. Toisaalta epäselväksi jää, mikä oli oikeudenhaltijan esittämien liikevaihtolaskelmien asema vahinkoa arvioitaessa.

3.2.4 Goodwill-vahinko markkinahäiriövahinkona

Mainehaitan korvaamisessa on oikeastaan aineettoman vahingon korvaamisesta samoin kuin tekijälle aiheutuneen kärsimyksen kohdalla. Mainehaitta liittyy kuitenkin taloudellisiin vahinkoihin luonteensa vuoksi,¹⁹⁷ minkä vuoksi sen on katsottu olevan taloudellista vahinkoa, vaikka se ei olekaan täsmällisesti mitattavissa.¹⁹⁸ Tällöin arvostuksen palauttaminen voi vaatia esimerkiksi suuren mainoskampanjan järjestämistä.¹⁹⁹

Goodwill-arvo voidaan jakaa kuitenkin henkilön ammatilliseen ja artistilliseen arvostukseen sekä oikeudenhaltijan mahdollisuuteen hyödyntää sitä taloudellisesti joko itse tai lisenssejä tarjoamalla. Näyttelijällä voi olla esimerkiksi goodwill-arvoa arvostetun elokuvasuorituksen kautta, ja sitä voidaan vahingoittaa luvattomalla imitaatiolla.²⁰⁰ Myös luvaton julkistaminen voi aiheuttaa skandaalin, jos julkistaminen tapahtuu väärässä yhteydessä ja samalla tekijän teoksellaan tavoitteleman sanoma saattaa vääristyä, mikä laskee teoksen arvoa. Mainehaitta voi olla erittäin suuri erityisesti ensiteoksen julkaisevien tekijöiden kohdalla. Näiden tilanteiden kohdalla voidaan puhua vastoin omaa tahtoa julkisuuteen joutumisesta. Oikeudenhaltija ei saa silloin myöskään päättää, mitä jakelukanavaa hän käyttäisi teoksen julkaisemiseen.²⁰¹

Tästä huolimatta goodwill-arvon taloudellinen asema on korostunut verrattuna sen artistilliseen puoleen, koska elinkeinonharjoittajat kilpailevat nykyään keskenään investoimalla brändeihin ja

¹⁹⁷ Kivimäki 1948, s. 337.

¹⁹⁸ Castrén 1979, s. 128.

¹⁹⁹ Voidaan kysyä, voisiko oikeudenhaltija vaatia mainoskampanjan vaatimia investointeja loukkaajalta, ks. Sorvari 2007, s. 311.

²⁰⁰ Beverley-Smith 2002, s. 100.

²⁰¹ Tamas 2017, s. 52-53.

markkinointiin. Modernin ajattelun mukaan brändeille voidaan luoda liikearvoa. Näin ollen tavaramerkin tehtävänä ei ole ainoastaan osoittaa tuotteen alkuperää,²⁰² vaan myös toimia laadun osoittajana uskolliselle asiakasakunnalle. Kyse on tuotepersoonallisuuden rakentamisesta. Tavaramerkki ei siis ainoastaan osoita tuotteen alkuperää vaan luo samalla itse goodwill-arvoa sillä tavoin, että tavaramerkillä on itsenäistä arvoa ilman kaupallista lähdettä. Samaan aikaan kaupallisella lähteellä on kuitenkin myös oma itsenäinen goodwill-arvonsa.²⁰³

Jokainen asiakas luo aina itse oman suhteensa brändiin. Asiakkaan ja brändin välinen suhde ei ole kuitenkaan pysyvä, vaan asiakas arvioi itse suhdetta yhä uudelleen ja uudelleen. Sen vuoksi oikeudenhaltijan tulee vastata asiakkaan odotuksiin säilyttääkseen brändinsä arvon. Jos yritys pettää odotukset, asiakkaat tuntevat itsensä petetyiksi.²⁰⁴ Brändi-imago tarkoittaa sitä, miten asiakkaat näkevät brändin eli se muodostuu asiakkaiden subjektiivisista näkemyksistä.²⁰⁵

Goodwill-vahinko on tyypillisin tavaramerkkiloukkausten kohdalla, jolloin loukkaajan käyttämä merkki heikentää tavaramerkin omaperäistä tuotekuvaa. Jäljittelemällä toisen tunnettua tavaramerkkiä on siten mahdollista saada itselleen taloudellista hyötyä peitellysti.²⁰⁶ Myös tekijänoikeuden ja patenttien yhteydessä mainehaitta ilmenee loppukäyttäjien ja vähittäismyyjien muuttuneessa suhtautumisessa oikeudenhaltijaan tai tämän tuotteeseen.²⁰⁷ Joskus on katsottu jopa, että patenttien ja tekijänoikeuksien goodwill-arvo perustuu viime kädessä tavaramerkkiin eikä niinkään tekniseen ratkaisuun tai teoskappaleen laatuun.²⁰⁸

Ratkaisussa 2004:49 KKO perusteli vahingonkorvausta seuraavasti: ”Koska vastaaja oli oikeudettomasti hyödyntänyt kantajalle kuuluvan tavaramerkin goodwill-arvoa, tämän *menettelyn on täytynyt ainakin jossakin määrin heikentää samaa goodwill-arvoa* ja siten aiheuttaa tavaramerkin haltijalle tavaramerkkilain 38 §:n 2 momentissa tarkoitettua vahinkoa. Goodwill-arvon hyödyntämisellä on siten tässä yhteydessä ilmeisesti tarkoitettu tämän arvon heikentymistä.” Tässä tapauksessa KKO oli käyttänyt vapaata harkintaa ja arvioinut, että tavaramerkin käyttäminen on omiaan aiheuttamaan sen arvon alenemista. Tarkoitan tässä kokemuseräisellä arviointitavalla sitä, että KKO on katsonut, että toisen tavaramerkin luvaton hyödyntäminen on omiaan vähentämään sen arvoa. Tällöin luvattomasta hyödyntämisestä aiheutuu yleensä aina oikeudenhaltijan goodwill-arvon

²⁰² Ks. tavaramerkin perinteisistä funktioista Pihlajarinne 2014(b), s. 127 ja Aaltola-Setälä ym. 2016, s. 7-8. Ks. lisäksi funktioista EUT:n oikeuskäytännössä C-236/08 ja EUT C-238/08.

²⁰³ Palm 2002, s. 27 ja 308. Ks. investointifunktiosta Aalto-Setälä ym. 2016, s. 8 ja EUT C-323/09.

²⁰⁴ Lindberg-Repo 2005, s. 46 ja 53. Ks. Laatu- ja mainosfunktiosta Aaltola-Setälä ym. 2016, s. 7-8 sekä EUT:n oikeuskäytännöstä C-236/08 ja EUT C-238/08.

²⁰⁵ Lindberg-Repo 2005, s. 67-68.

²⁰⁶ Palm 2002, s. 309. Aalto-Setälä ym. 2016, s. 301. HE 26/2006, s. 23. Castrén 1979, s. 115-116.

²⁰⁷ Sorvari 2005, s. 416.

²⁰⁸ Siivola 1998, s. 141-142 ja 144.

alenemista, mutta arvonalenemista ei voida täsmällisesti mitata tai muuten ilmaista. Sen vuoksi goodwill-vahingon ja markkinahäiriövahingon arvioiminen on hyvin abstraktia.

Ratkaisussa MAO:234/16 (Onnibus) oli kyse oikeudenhaltijan tavaramerkin kanssa sekoitettavissa olevan merkin käyttämisestä elinkeinotoiminnassa. Vahingonkorvauksen osalta MAO lausui seuraavaa: ”Kun vastaajat ovat käyttäneet laajalti tunnetun tavaramerkkiin sekoitettavissa olevia tunnuksia ja siten oikeudettomasti hyödyntäneet mainittuun tavaramerkkiin liittyvää goodwill-arvoa, *voidaan olettaa, että vastaajien menettelyn on täytynyt ainakin jossakin määrin heikentää tavaramerkin goodwill-arvoa ja erottamiskykyä aiheuttaen siten korvattavaa vahinkoa.*” Tässä tapauksessa kolme vastaajaa veloitettiin OK 17:2.3:n perusteella yhteisvastuullisesti korvaamaan 40 000 euroa. Myös tässä ratkaisussa luvattoman käytön oletettiin heikentäneen ainakin jossain määrin tavaramerkin goodwill-arvoa. Huomiota tulee kiinnittää tässä yhteydessä juuri sanamuodolle ”voidaan olettaa”, joka kuvastaa sitä, että vahingon todellisesta määrästä ei ole tarkkaa tietoa.

Myös ratkaisussa MAO:271/17 oli kyse tavaramerkkiin sekoitettavissa olevan merkin käytöstä. Edellä kuvattuja ratkaisuja vastaavasti MAO katsoi, että luvattomasta käytöstä oli aiheutunut oikeudenhaltijalle goodwill-vahinkoa. Voidaan katsoa, että MAO:n ja KKO:n linja on siten varsin selvä taloudellisen goodwill-vahingon korvaamiseen liittyen.

Vahingonkorvausta goodwill-arvon heikentymisestä voisi vaatia periaatteessa myös seuraavanlaisissa tilanteissa. Oikeudenhaltija voi mahdollisesti esittää väitteen siitä, että luvattoman käytön vuoksi hän on joutunut vastuuseen loukkaajan väärinkäytöksestä. Tähän liittyy myös oikeudenhaltijan kasvanut riski joutua vastaaman loukkaajan teoista oikeuteen. Joskus oikeudenhaltijat ovat hakeneet korvauksia myös sen perusteella, että heillä ei ole sekoitettavuuden vuoksi ollut täyttä mahdollisuutta vastata omasta maineestaan. Oikeudenhaltija voi myös väittää, että loukkaaja on aiheuttanut vahinkoa estämällä häntä lisensoimasta omaa goodwill-arvoa muille.²⁰⁹ Näitä vahinkoja ei ole kuitenkaan vaadittu korvattavaksi tai korvattu kansallisesti, joten ne ovat vain esimerkkejä.

Tiivistetysti sanottuna markkinahäiriövahingon suuruuden arvioiminen ainakin goodwill-vahingon osalta on lopulta hyvin samantapaista kuin aineettoman vahingon arvioiminen.²¹⁰ Tämän vuoksi riittävää syy-yhteyttä voidaan arvioida aineetonta vahinkoa vastaavasti kokemuseräisellä ”on omiaan” -arviointitavalla. Aineeton vahinko ja markkinahäiriövahinko ovat siten oletettuja todellisia

²⁰⁹ Beverley-Smith 2001, s. 101-103.

²¹⁰ Goodwill-arvon huomioiminen vapauttaa tuomarín tappion määrän laskemisesta, ks. Hakulinen 1965, s. 415.

vahinkoja.²¹¹ Jos markkinahäiriövahinko ja aineeton vahinko ovat molemmat oletettuja vahinkoja, miksi ne tulee yleensä jakaa taloudelliseen ja aineettomaan vahinkoon? Tähän kysymykseen vastataan seuraavassa aineetonta vahinkoa kokevassa kappaleessa.

²¹¹ Castrén 1979, s. 148. Siivola 1998, s. 141.

4. AINEETTOMAN VAHINGON KORVAAMINEN

4.1 Aineettomat vahingot yleisessä vahingonkorvausoikeudessa

4.1.1 Aineettoman vahingon määritelmä

Yleisessä vahingonkorvausoikeudessa aineetonta vahinkoa ei voida periaatteellisesti ilmaista rahamääränä, koska se on mahdotonta. Näin ollen aineeton vahinko on puhtaasti tuomioistuimen harkinnan ja arvostamisen varassa eli sitä ei voida määritellä puhtaasti objektiivisin kriteerein.²¹² Aineettomia vahinkoja voidaan kutsua myös niin sanotuiksi ideaalisiksi vahingoiksi, koska niiden arvioiminen perustuu arvioon vahingosta. Arvio perustuu tarkemmin siihen, mitä ymmärrämme loukkauksen aiheuttavan vahingonkärsijälle.²¹³ Jos aineeton vahinko mielletäisiin kaikista subjektiivisimmassa muodossaan, se kattaisi ainoastaan osapuolen tajunnassa syntyneen harmin.²¹⁴

On merkittävää, että aineeton vahinko liittyy siviilioikeudessa usein suoraan loukatun persoonallisuuteen, joka puolestaan on yhteydessä ihmisoikeuksiin ja yhteiskunnallisiin ideologioihin.²¹⁵ Selvää on myös, että mielivaltaisten korvausten riski on suurin juuri aineettomien vahinkojen kohdalla. Toisaalta, jos aineettomasta vahingosta tuomittaisiin vain symbolinen korvaus, korvaus ei olisi yhteydessä vahinkoon, vaan kyse olisi enneminkin vahvistuskanteen nostamisesta.²¹⁶

Yleinen vahingonkorvausoikeus mahdollistaa kärsimyksen korvaamisen, mutta sitä ei ole korvattu usein, koska sen on tullut olla merkittävää.²¹⁷ Harmi tai muu aineeton haitta eivät ole välttämättä kärsimystä vaan siihen läheisesti liittyviä, mutta vähäisempiä vahinkoja.²¹⁸ Tavanomainen vahingosta johtuva surun tai pelon tunne sekä harmi ja mielipaha on yleisessä vahingonkorvauksessa katsottu kuuluvan normaaliin elämään ja sietämisvelvollisuuden piiriin.²¹⁹ Henkistä kärsimystä, joka on siis korvattava vahinko, on kuitenkin kuvattu vahingonkorvausoikeudessa tapahtumana, jossa henkilön tunnetila muuttuu (esim. häpeä, mielipaha ja nöyryytys).²²⁰ Sopimusoikeudessa haitan ja harmin korvaaminen ilman säädöstukea on katsottu edellyttäneen aineettomia intressejä sekä sitä, että aineeton vahinko ei ole vain vähäinen.²²¹

²¹² Brusiin 1953, s. 162-163. Hemmo 1998, s. 145.

²¹³ Virtanen 2011, s. 387.

²¹⁴ Hemmo 1988, s. 145.

²¹⁵ Brusiin 1953, s. 167-170.

²¹⁶ Brusiin 1953, s. 173 ja 180.

²¹⁷ Tapio 2014, s. 351 ja 372. Tamas 2017, s. 49.

²¹⁸ Hemmo 1998, s. 142 ja 144.

²¹⁹ Sorvari 2007, s. 311. KKO 1998:80. HE 167/2003 s. 34.

²²⁰ Artimo 2008, s. 1213-1214.

²²¹ Hemmo 1998, s. 147.

4.1.2 Kielteinen suhtautuminen aineettomien vahinkojen korvaamiseen

Saksassa on 1800-luvulla vaikuttanut vahingonkorvauksellinen periaate, jonka mukaan vahingonkorvausta on maksettava kaikesta aiheutuneesta vahingosta, joka on osoitettavissa taloudellisin keinoin tai muuten sitä ei ole maksettava lainkaan (Alles-oder-Nichts-periaate). 1900-luvulla täyden korvauksen periaate on kuitenkin syrjäyttänyt sen, eikä pohjoismaisessa oikeustieteessä ole viitattu siihen enää sen jälkeen. Kaikki tai ei mitään -periaate ilmentää kuitenkin pidättyvää suhtautumista aineettomien vahinkojen korvaamiseen vahingonkorvausoikeudessa. Aineetonta vahinkoa ei periaatteen mukaan tulisi korvata, koska sitä ei voida muuttaa rahaksi objektiivisin perustein. Aineettoman vahingon katsotaan siten ylittävän objektiivisesti arvoidun todellisen vahingon. Aineettomien vahinkojen kohdalla riskinä on, että korvausta maksetaan liian paljon tai liian vähän. Tällöin aineettomien vahinkojen korvaaminen saattaa johtaa rikastumiskiellon loukkaamiseen tai vahingon alikompensoimiseen.²²²

Ratkaisuna aineettoman vahingon korvaamiseen nähtiin sen erottaminen vahingonkorvausoikeudesta. Tällöin aineettoman vahingon korvaamisen ajateltiin olevan ”ei-vahingonkorvausoikeudellinen” korvaus. Aineettoman vahingon korvaamista pidettiin sillä tavalla moraaliin sitoutuneena, että sen korvaaminen oli aina rangaistusluonteista.²²³ Tällöin katsottiin, että aineettoman vahingon korvaamisessa oli oikeastaan kyse vahingon hyvittämisestä loukatulle (hyvittämiselämys)²²⁴ ja rangaistuksesta loukkaajalle, minkä vuoksi aineettoman vahingon korvaaminen miellettiin olevan täysin itsenäinen korvaus suhteessa vahingonkorvaukseen. Sen vuoksi ehdotettiin, että aineettoman vahingon korvaamisesta käytettäisiin myös käsitettä aineettoman vahingon hyvittäminen, koska aineettomalla vahingolla ei ole vahingonkorvaukselle tyypillistä suoraa ekvivalenssisuhdetta vahinkoon.²²⁵ On jopa väitetty, että kyse olisi täysin poliittisesta ratkaisusta siirtää ei-taloudelliseen vahinkokategoriaan sellaisia vahinkoja, joita ei haluta korvata.²²⁶

Nämä ajattelutavat vaikuttavat edelleen aineettoman vahingon korvaamisen taustalla, mikä on johtanut niiden korvaamisen vähäisyyteen. Sen vuoksi yhä nykyäänkin aineettoman vahingon korvaamiseen suhtaudutaan pidättyvästi, jotta loukattua ei vain ylikompensoitaisi missään tapauksessa. Kaikki tai ei mitään -periaate vahvistaa käsitystä siitä, että korvattavan vahingon enimmäismäärä on taloudellinen vahinko ja vain taloudellinen vahinko on niin sanottu aito

²²² Viljanen 2008, s. 145-147.

²²³ Viljanen 2008, s. 148-150.

²²⁴ Voidaan puhua myös sovittamisesta tai liennyttämisestä, ks. Kivivuori 2005, s. 169. Aineettoman vahingon korvaaminen voidaan myös nähdä viihdykkeenä eli lohdutuksena loukatulle, ks. Hakulinen 1965, s. 365.

²²⁵ Alanen 1941, s. 10 ja 15. Brusiin 1953, s. 164-166.

²²⁶ Feldman 2005, s. 389-390.

vahinko.²²⁷ Ajatus siitä, että taloudellinen vahinko muodostaisi täydenkorvauksen periaatteen mukaisen ylärajan ei ole kuitenkaan perusteltu.

Aikaisemmin tuomioistuin on lisäksi voinut hylätä aineettomien vahinkojen korvaamisen, mikäli siitä ei ole säädetty missään erityislaissa (esim. KKO 1991:42). Sääntö ei ole ollut kuitenkaan kategorinen. Aineettomia vahinkoja ei ole haluttu vielä myöhemminkään korvata laajasti, koska on katsottu, että kyseisiä vahinkoja saattaa aiheutua normaalissa elämässä ilman loukkaustakin. Tällöin puhutaan toimijoille asetettavasta sietämisvelvollisuudesta. Pidättyvä suhtautuminen aineettomien vahinkojen korvaamiseen on sittemmin kuitenkin avartunut elämän laatua parantavien seikkojen korostamisen myötä.²²⁸

4.2 Aineettomat vahingot immateriaalioikeudessa

4.2.1 Aineettoman vahingon korvaamisen perusteet

On huomattava, että Suomessa kärsimyksen korvauksen edellytyksenä on ollut nimenomainen maininta laissa.²²⁹ Nyt asiasta mainitaan nimenomaan IPRED-direktiivissä. IPRED 13(1) artiklan a kohdan mukaan määrittäessään vahingonkorvauksen oikeusviranomaisten on otettava huomioon soveltuviissa tapauksissa muita kuin taloudellisia tekijöitä, kuten oikeudenhaltijalle loukkauksen johdosta aiheutunut aineeton vahinko. Komission mukaan 13(1) a ottaa moraalisen haitan huomioon muuna kuin taloudellisena hättana eli yhtenä vahingonkorvauksen määrään vaikuttavana osatekijänä.²³⁰ Myös luonnoksen tasolle jääneen ACTA-sopimuksen 9(1) artikla vastaa IPRED:n 13(1) artiklaa siten, että siinä tulee huomioida kaikki vahinkoon vaikuttavat seikat mukaan lukien aineeton vahinko.²³¹

Sen sijaan kansallisesti ainoastaan tekijänoikeuslaissa mainitaan kärsimyksen korvaaminen nimenomaisesti: ”Jos teosta käytetään tahallisesti tai tuottamuksesta, hyvityksen lisäksi on suoritettava korvaus kaikesta muustakin menetyksestä, myös kärsimyksestä ja muusta haitasta (TekijäL 57.2 §). Kärsimyksen ja muun haitan välille on ollut vaikeaa vetää tarkkaa rajaa ja tekijänoikeuslaissa niistä säädetäänkin samassa vahingonkorvaussäännöksessä.²³² Muissa immateriaalioikeudellisissa laeissa mainitaan tekijänoikeuslaista poiketen ainoastaan velvollisuus

²²⁷ Viljanen 2008, s. 148-150.

²²⁸ Hemmo 2005, s. 156-157.

²²⁹ Huhtamäki 1995, s. 61.

²³⁰ COM(2017) 708 final, s. 4-5.

²³¹ Blakeney 2012, s. 143-145.

²³² Hemmo 1998, s. 142 ja 144.

maksaa korvausta kaikesta aiheutuneesta vahingosta tai muusta kuin käyttökorvauksen kattamasta vahingosta.²³³ Näin ollen nimenomainen maininta aineettomasta vahingosta puuttuu niiden osalta.

Aineettomilla vahingoilla on kieltämättä IPRED:n myötä myös immateriaalioikeudessa suurempi rooli, mikä saattaa näkyä immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa.²³⁴ Muille kuin taloudellisille vahingoille on mahdollista antaa direktiivin myötä enemmän painoarvoa myös niillä immateriaalioikeuden aloilla, joille aineettomien vahinkojen korvaaminen ei ole ollut tyypillistä.²³⁵ Juuri muiden kuin taloudellisten vahinkojen sisältyminen vahingonkorvaukseen johtaa tilanteeseen, jossa seuraamusideologialla eli vahingonkorvauksen seuraamusluonteisuutta painottavalla näkemyksellä on suuri rooli.²³⁶ Toisaalta aineettomien vahinkojen korvaamista on vastustettu siviilioikeuden yhtenäisyyden ylläpitämisen ja jäsenmaiden yleisten oppien erilaisuuden vuoksi.²³⁷ Katson, että immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa voidaan kuitenkin IPRED:n nimenomaisen sanamuodon perusteella huomioda aineettomaan vahinkoon kuuluva loukatulle aiheutunut kärsimys.²³⁸

Aikaisemmin yleisessä vahingonkorvausoikeudessa on katsottu, että aineettoman vahingon kohdalla ei voida puhua vahingon määrästä, minkä vuoksi OK:n 17:2.3 eli poikkeussäännös täyden näytön periaatteesta ei soveltuisi lainkaan sen arvioimiseen. Jo aineettoman vahingon korvaamisesta säättämisen on katsottu luovan itsessään tuomioistuimelle oikeuden arvioida vahingon määrän kohtuusharkinnan avulla.²³⁹ Aineetonta vahinkoa ei siten ole tarvinnut näyttää toteen, koska sen olemassaolo perustuu puhtaasti ”on omiaan” -arvioon teon aiheuttamasta vahingosta.²⁴⁰

Nykyään OK 17:2.3 soveltuu nimenomaan sekä aineettomien että aineellisten vahinkojen korvaamiseen suoraan hallituksen esityksen perusteella. Merkittävää on, että tuomioistuinta aikaisemmin velvoittanut kohtuullisuusarviointi ei tällöin koske aineetonta vahinkoa, mitä voidaan pitää aineettomien vahinkojen korvaamisen vahvistamisena. Tuomioistuin voi siten nykyään arvioida immateriaalioikeudellisen aineettoman vahingon vastaaman sen todellista suuruutta ilman sen kohtuullistamista. Katson, että kyse on edelleen kokemuspohjaisesta oletuksesta siitä, että tietyn tyyppinen teko on omiaan aiheuttamaan oikeudenhaltijalle tietyn määrän kärsimystä.

²³³ Ks. Tavaramerkkilaki 38.2 §, patenttilaki 58.1 § ja mallioikeuslaki 36.1 §.

²³⁴ Norrgård 2006, s. 591-592. Avraham 2018, s. 222.

²³⁵ Norrgård 2006, s. 593. Henkilövahinkoihin liittyvä kärsimyskin aiheutti aluksi keskustelua eikä sitä osattu välttämättä tuomita tai ymmärtää oikein, ks. Viljanen 2008, s. 481.

²³⁶ Norrgård 2005, s. 509.

²³⁷ Mylly 2004, s. 176.

²³⁸ Toisaalta Mylly ilmeisesti edelleen katsoo, että lopullisen direktiivin aineettoman vahingon käsitteen piiriin ei kuulu oikeudenhaltijan henkinen kärsimys, ks. Mylly 2004, s. 177.

²³⁹ Brusiin 1953, s. 163-164. Halila 1961, s. 294-295.

²⁴⁰ Castrén 1979, s. 147.

4.2.2 Aineeton vahinko immateriaalioikeuden eri aloilla

Tekijälle aiheutuneen kärsimyksen korvaamisessa on kyse aineettoman vahingon korvaamisesta, joka liittyy moraalisten oikeuksien loukkaamiseen ja tekijään itseensä eli toisin sanoen hänen persoonallisuuteensa.²⁴¹ Tekijänoikeuskomitean muistion (OpMin 1984:28) mukaan moraaliset oikeudet liittyvät sekä henkilökohtaisiin että ammatillisiin etuihin, minkä vuoksi moraalisten oikeuksien loukkaus voi aiheuttaa aineettoman vahingon lisäksi myös taloudellista vahinkoa.²⁴² Komitea kuitenkin vertasi moraalisten oikeuksien loukkauksia kunnianloukkaukseen ja yksityiselämän loukkaamiseen.²⁴³ Toisaalta tekijänoikeudet ovat viime aikoina teollistuneet ja tekijänoikeusjärjestöjen asema asianomistajana on vahvistunut,²⁴⁴ mikä on johtanut taloudellisten oikeuksien painottamiseen tuomioistuimissa.²⁴⁵

Tekijänoikeudelliseen kärsimyskorvaukseen liittyy yleisiä kriteereitä, joiden perusteella sen suuruutta arvioidaan. Jos oikeudenhaltijalle on aiheutunut hyötyä loukkauksen seurauksena, se ei poista tekijän oikeutta saada korvausta teoksen loukkaamisesta, mutta se voi vaikuttaa korvauksen suuruuteen.²⁴⁶ Myös syyllisyys vaikuttaa korvauksen suuruuteen siten, että tahallinen tai törkeällä huolimattomuudella aiheutettu loukkaus on vakavampi kuin pelkkä tuottamuksellinen loukkaus. Korvauksen suuruuteen vaikuttaa myös loukkaajan taloudellinen asema kuten esimerkiksi ammattimainen toiminta (taidekauppia). Myös loukatun aseman tulisi vaikuttaa korvauksen suuruuteen esimerkiksi siten, että taidetta kutsumuksenaan tekevät saavat parempaa suojaa kuin kaupallisen massatuotannon harjoittajat.²⁴⁷

Ratkaisussa KKO 1994:99 oli kyse valokuvan käyttämisestä mainoksessa ilman valokuvassa olleen veistoksen tekijän lupaa, mikä loukkasi tekijän moraalisia oikeuksia.²⁴⁸ Ratkaisussa KKO 1975 II 37 elokuvaan oli lisätty sijaisnäyttelijän sukupuoliyhteyttä esittävä kohtaus ilman näyttelijän suostumusta. Lisäys oli muuttanut näyttelijäsuoritusta näyttelijän taiteellisuutta ja omalaatuisuutta loukkaavalla tavalla. Elokuvantuottaja ja ohjaaja velvoitettiin suorittamaan 5 000 markkaa

²⁴¹ Kivimäki 1948, s. 337. Brusiin 1953, s. 109-110.

²⁴² Ammatillinen maine liittyy sekä tekijän persoonaan että taloudellisiin intresseihin, ks. Beverley-Smith 2002, s. 11.

²⁴³ OpMin työryhmien muistioita 1984:28. Oesch 1989, s. 74.

²⁴⁴ Tapio 2014, s. 372. Tekijänoikeudella suojataan mm. elokuvien hahmojen persoonallisuutta, mutta todellisuudessa kyse on tekijän pyrkimyksenä hankkia taloudellista etua, ks. Beverley-Smith 2002, s. 5.

²⁴⁵ Tamas 2017, s. 52.

²⁴⁶ Brusiin 1953, s.118. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1950 II 451 vastaaja oli yrittänyt puolustautua vahingonkorvauskannetta vastaan sillä, että tekijänoikeutta loukannut teko olisi lisännyt oikeudenhaltijan teoksen myyntiä ja arvovaltaa.

²⁴⁷ Brusiin 1953, 119-120.

²⁴⁸ Sorvari 2007, s. 309-311.

korvauksena kärsimyksestä. Kärsimyskorvausta ei ole useinkaan vaadittu edes tekijänoikeuden loukkausten kohdalla, vaikka sillä on liityntä tekijän moraalisiin oikeuksiin.

Tekijänoikeuksien taloudellistuminen on uskottava osasy syy tilanteelle. IPRED:n myötä taloudellistuminen ei olisi kuitenkaan perusteltu syy olla korvaamatta loukkauksen aiheuttamaa kärsimystä tekijälle, koska IPRED:n vaatimus taloudellisen vahingon huomioimisesta koskee yleisesti kaikkia immateriaalioikeuksia niiden alasta riippumatta.

Kärsimyskorvauksen ei ole sen sijaan katsottu tulevan kyseeseen tavaramerkkien kohdalla niiden taloudellisen luonteen vuoksi, ellei katsota oikeudenhaltijan kärsineen merkin luvattoman käytön takia.²⁴⁹ Tilanne saattaa olla kuitenkin erilainen, jos kärsimystä tarkasteltaisiin brändi-identiteetin kautta. Brändi-identiteetti tarkoittaa brändin luojan näkemystä brändistä. Brändi-identiteetti on kuva, jonka brändinhaltija haluaa esittää kuluttajille. Identiteettiin kuuluvat kaikki yhtiölle tärkeät arvot. Brändillä on siten oma persoonallisuus, jonka avulla luodaan läheisiä asiakassuhteita.²⁵⁰ Yhtiön kilpailukyky on riippuvainen juuri yrityksen ja asiakkaiden välisestä kommunikoinnista. Yrityksen omalla viestinnällä asiakkaille kehitetään brändin arvoa ja muokataan sen persoonallisuutta.²⁵¹ Voidaankin ajatella, että esimerkiksi tavaramerkin luvaton käyttö kyseenalaisessa, oikeudenhaltijan arvojen vastaisessa yhteydessä aiheuttaa oikeudenhaltijalle kärsimystä tai muuta haittaa sen vuoksi, että luvaton käyttö on ollut vastoin hänen arvojaan ja samalla aiheuttanut kärsimystä tai muuta haittaa.

Patentin osalta voisi tulla kysymykseen keksijänkunnian suojaaminen, mutta toisaalta patentti on kuitenkin pohjimmiltaan taloudellinen yksinoikeus.²⁵² Siivolan mukaan patenttilain ja VahL 5:6:n mukaan kärsimystä ei voida korvata patentin loukkaustilanteessa, koska keksijänkunnian suojaamisesta ei ole säädetty patenttilaissa nimenomaisesti.²⁵³ Hakulinen sen sijaan on katsonut, että korvausta on maksettava, jos keksijänkunniaa on loukattu.²⁵⁴ Asia ei ole kuitenkaan näin yksinkertainen, jos IPRED otetaan huomioon. Tällöin aineettoman vahingon korvaamisesta on säädetty nimenomaisesti.

Yksi mahdollisuus on tarkastella yksittäisen keksijän²⁵⁵ oikeutta saada korvaus hänelle aiheutuneesta aineettomasta vahingosta. Uuden keksinnön kehittänyt henkilö voi joutua helposti kilpailijoiden hyväksikäyttämäksi, josta seuraava pitkä ja kallis oikeudenkäynti voi vaikuttaa myös haitallisesti

²⁴⁹ Castrén 1979, s. 130-131.

²⁵⁰ Lindberg-Repo 2005, s. 68, 71 ja 74. Ks. myös henkilöbrändeistä Lindberg-Repo 2005, s. 93-96.

²⁵¹ Lindberg-Repo 2005, s. 116 ja 167.

²⁵² Castrén 1979, s. 130-131. Castrén 2015, s. 133.

²⁵³ Siivola 1998, s. 146-147.

²⁵⁴ Hakulinen 1965, s. 366.

²⁵⁵ Yhtiöiden aseman korostumisesta huolimatta voidaan väittää, että uudet innovaatiot ovat lähtöisin pienten yritysten tai yksityisten henkilöiden tuotekehittelystä, ks. Avraham 2018, s. 219.

keksijän terveydentilaan. Kärsimystä aiheutuu niin loukkauksesta kuin loukkauksen jälkeisistä aggressiivisista oikeudenkäyntistrategioista. Samalla kärsimys vähentää keksijän kannustinta kaupallistaa oma keksintönsä tai kehittää uusia innovaatioita tulevaisuudessa. Kärsimyksen korvaaminen saisi myös mahdolliset loukkaajat ymmärtämään kaiken sosiaalisen haitan, jota heidän menettelynsä aiheuttaa. Lisäksi luomistyössä keksintöön on sitoutunut keksijän persoonallisuutta ja älyllisiä ratkaisuja, minkä vuoksi patenttioikeudessa korvattavan kärsimyksen voisi mieltää olevan lähellä henkilöön liittyvää fyysistä kärsimystä.²⁵⁶

Jollakin aineettomalla omaisuudella on siten selvä kytkös sen haltijan persoonaan, jolloin sen korvaaminen uudella tai kompensoiminen rahalla ei poista omistajan kärsimystä. Persoonallisuuteen liittyvään omaisuuteen kohdistuu oikeudenhaltijan odotuksia siitä, että hän voi hyödyntää ja käyttää sitä myös tulevaisuudessa. Teoriassa immateriaalioikeuden loukkaus rinnastetaan näin henkilövahinkoihin, joiden yhteydessä tavallisesti tuomitaan korvausta kärsimyksestä.²⁵⁷

Castrénin mukaan keksijän nimen ilmoittamisen voitaisiin ymmärtää tarkoittavan oikeastaan keksijälle kuuluvia moraalisia oikeuksia. Keksijän moraaliset oikeudet vastaisivat siten tekijänoikeudellisia moraalisia oikeuksia, jotka kuuluvat tekijälle. Osaltaan olisi ainakin kyse keksijän goodwill-arvosta ja hänen nauttimastaan arvostuksesta esimerkiksi tiedeyhteisössä.²⁵⁸ Keksijänkunnia ja keksijän nimen ilmoittamien muodostaisivat yhdessä ei-taloudellisen merkityksen patenttioikeuteen. Moraalisten oikeuksien loukkaaminen näkyisi esimerkiksi keksijän virheellisen nimeämisen aiheuttamana kärsimyksenä. Tulkintaa voisi pitää mahdollisena, koska patenttilain korvauspykälä ei myöskään sulje pois mahdollisuutta ottaa huomioon aineettomia vahinkoja. Näin ollen estettä arvonannon alenemisena tai kärsimyksenä ilmenevän vahingon korvaamiselle ei tulisi olla.²⁵⁹ Edelleen Castrén katsoo, että IPRED 13(1) artikla sallii aineettoman vahingon ja siihen kuuluvan kärsimyksen korvaamisen. Suomessa tästä ei ole patenttilaissa mainintaa toisin kuin Ruotsissa.²⁶⁰ Tämä toimii esimerkkinä siitä, että kansallisesti ollaan haluttomia implementoimaan uusia säännöksiä, vaikka ne edellyttäisivät täsmennyksiä aikaisempaan oikeustilaan.

Aineettomien vahinkojen korvaamisen kritiikki kohdistuu yleensä siihen, että aineettomia vahinkoja on vaikea näyttää toteen. Kärsimyskorvausten suuruuden vaihtelu oikeuskäytännössä ei ole kuitenkaan välttämättä huono asia, vaan voi kertoa siitä, että niiden määrittämisessä huomioidaan

²⁵⁶ Avraham 2018, s. 215-219.

²⁵⁷ Avraham 2018, s. 225.

²⁵⁸ Castrén 2015, s. 93.

²⁵⁹ Castrén 2015, s. 134. Castrén on muuttanut suhtautumistaan aineettoman vahingon korvaamista kohtaan sallivammaksi verrattuna aikaisempaan vuoden 1979 teokseensa nähden.

²⁶⁰ Castrén 2015, s. 136 ja 140.

tapauskohtaiset seikat. Aineettomien vahinkojen korvaaminen ei ole oikeastaan laskennallisesti sen monimutkaisempaa kuin käyttökorvauksen arviointi, jonka perustaminen lisenssimaksuun on kyseenalaista.²⁶¹ On huomattava, että myös markkinahäiriövahingon ja saamatta jääneen voiton arvioimiseen liittyy epävarmuustekijöitä, joten niidenkään laskeminen ei ole helppoa.

4.3 Markkinahäiriövahingon ja aineettoman vahingon välinen suhde

Vahinkoa ei voida määritellä koskaan tyhjentävästi, eikä se ole ollut oikeustieteessä tarkoituksenakaan.²⁶² Voidaan ajatella, että esimerkiksi taloudellisen vahingon käsitteen määrittelyn kannalta olennaista on vai se, miten se on oikeudellisesti määritelty. Tällöin taloudellisen vahingon käsitteellä ei ole enää lainkaan yhteyttä taloustieteelliseen käsitteeseen vaan käsitteestä muodostuu puhtaasti oikeudellinen. Sen takia oikeustieteessä taloudellinen vahinko voidaan määritellä vapaasti sellaiseksi kuin sen katsotaan olevan tarkoituksenmukaista.²⁶³

On siten mahdollista ajatella, että taloudelliselle vahingolle ei ole nykypäivänä kyetty antamaan tarkoituksenmukaista sisällöllistä määritelmää. Sen vuoksi aineettoman ja taloudellisen vahingon erottelulla ei pitäisi olla nykyään enää niin suurta merkitystä vahingonkorvausoikeudessa. Voidaan jopa väittää, että kaikelle vahingolle on mahdollista ilmaista rahallinen arvo. Taloudellisen vahingon arviointitavat vastaavat myös hyvin paljon aineettoman vahingon arviointitapoja. Viljanen katsoo, että taloudellisen vahingon korostaminen on omaksuttu porvarillisessa yhteiskunnassa vastaamaan sen tarpeita. Tämä on johtanut siihen, että varallisuusosoikeudessa on omaksuttu ”vain taloudellinen vahinko korvataan” -periaate.²⁶⁴

Immateriaalioikeudellisessa lainsäädännössä on luotu erottelu taloudellisen ja muun kuin taloudellisen vahingon välille. Tarkoituksena on ollut korostaa aineettoman vahingon itsenäisyyttä korvausperusteena.²⁶⁵ Väite ei ole kuitenkaan uskottava, koska erottelu ja nimenomaisen säännösten puuttuminen on johtanut ennemminkin aineettomien vahinkojen korvaamisen vähäisyyteen.

Taloudellisen vahingon korvaamisen korostuminen on johtanut siihen, että aineettomia vahinkoja ei korvata niin täydellisesti kuin taloudellisia. Tämä ei vastaa nykyisen yhteiskunnan arvoja, jotka poikkeavat 1800-luvun porvarillisesta yhteiskunnasta, jossa varallisuusosoikeuden periaatteet ovat muodostuneet. Nykyisin aineettomalla vahingolla on suurempi merkitys esimerkiksi ihmisoikeuksien

²⁶¹ Avraham 2018, s. 224.

²⁶² Virtanen 2011, s. 7-9.

²⁶³ Viljanen 2008, s. 44.

²⁶⁴ Viljanen 2008, s. 45-49.

²⁶⁵ Brusiin 1953, s. 108.

korostumisen kautta. Samoin elintaso on noussut edellä todetusti, joten aineettomia vahinkoja on mahdollista huomioida nykyisin enemmän.

Jako aineellisiin ja taloudellisiin oikeuksiin immateriaalioikeudessa erottaa lähinnä kärsimyksen ja muun haitan muista vahinkotyypeistä erilliseksi korvauseräksi. Se ei ole ehkä perusteltua IPRED-direktiivin takia, koska se velvoittaa myös aineettoman vahingon huomioimisen osana vahingonkorvausta. Siten ei ole edes välttämättä tarpeellista erottaa aineetonta ja aineellista vahinkoa toisistaan, koska ne molemmat ovat korvattavissa olevia vahinkotyyppisiä. Sen sijaan vahingon käsite voitaisiin määritellä kansallisissa immateriaalioikeuslaeissa täsmällisemmin (”tässä laissa vahingolla tarkoitetaan”).

Immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa vahinkolajien erottelu ja määritelmät ovat siten varsin epäselkeitä. Aineettoman ja aineellisen vahingon määritelmät eivät ole perusteltuja, koska goodwill-vahinkoa pidetään luonteeltaan taloudellisena vahinkona, mutta sen arvioiminen vastaa aineettoman vahingon arviointia sen aineettoman luonteen vuoksi. Markkinahäiriövahinkoa ja aineetonta vahinkoa voidaan pitää niiden arviointitavan vuoksi toisiaan vastaavina, joten niiden jaottelu eri kategorioihin ei ole perusteltua. Toisaalta markkinahäiriövahinkoa ei tule pitää aineettomana vahinkona vain sen takia, että se voitaisiin jättää vähemmälle huomiolle immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvausta määrättäessä. Goodwill-vahingon ei-taloudelliseen puoleen kuuluvat oikeudenhaltijan artistillinen ja ammatillinen arvostus, jonka arvonalenemisen korvaaminen olisi yhtä perusteltua kuin taloudellisen puolen korvaaminen. Samaan aikaan markkinahäiriövahinko ei tunnu kuuluvan kategorisesti kumpaankaan olemassa olevaan vahinkolajiin.

Katson, että markkinahäiriövahinko ja aineeton vahinko ovat siten molemmat oletettuja vahinkoja, joiden korvaaminen perustuu tuomioistuimen OK 17:2.3:n perusteella tekemään oletukseen siitä, että loukkaus on ollut omiaan aiheuttamaan tietynlaista vahinkoa. Saamatta jäänyt liikevoitto on tällöin taloudellinen vahinko, jonka arviointi perustuu differenssiteorian ja oikeudenhaltijan esittämien liikevaihtolaskelmien perusteella laskettavaan rahamääräiseen menetykseen, joka vastaa loukkauksella aiheutetun vahingon suuruutta.

5. LOUKKAAJAN SAAMA PERUSTEETON ETU

5.1 Perusteettoman edun palauttamisesta yleensä

Varallisuus oikeudellinen yleinen edunpalautusjärjestelmä perustuu eettisiin ja moraalisiin argumentteihin oikeudenmukaisuudesta. Sen lisäksi taustalla vaikuttavat myöskin liiketaloudelliset tavoitteet. Edunpalautus saa institutionaalista tukea sopimus- ja vahingonkorvausoikeudesta, koska myös niiden kautta on mahdollista vaatia korvausta samankaltaisissa tilanteissa.²⁶⁶ Perusteettomaan hyötymiseen voidaan puuttua, koska sitä on pidettävä varallisuus oikeuden yleisiin oppeihin sisältyvänä keskeisenä periaatteena. Edunpalautus vaatii kuitenkin aina, että koetulla menetyksellä ja hyötymisellä on jonkinlainen yhteys. Lisäksi hyötymisen tulee olla laadultaan perusteetonta. Edunpalautuksen soveltaminen ei tule välttämättä kyseeseen, jos vahingonkorvausoikeuden tai sopimusoikeuden kautta on vaadittu jo korvauksia. Edunpalautus täydentääkin vain osaltaan vahingonkorvausoikeuden, sopimusoikeuden ja omistajuuteen liittyviä sääntöjä ja soveltuu siten toissijaisesti.²⁶⁷ Tärkeintä on perinteisesti katsottuna ollut aikaansaada oikeudenmukainen ja kohtuullinen ratkaisu silloin, kun vahingonkorvausta ei voida vaatia.²⁶⁸

Edellä kuvattu yleinen edunpalautusjärjestelmä on kuitenkin aina toissijainen verrattuna erityiseen edunpalautukseen. Erityisestä edun palautuksesta säädetään kapea-alaisemmin ja tarkemmin tietyissä erityislaeissa. Erityisiä edunpalautukseen oikeuttavia säännöksiä liittyy muun muassa oikeustoimien purkamiseen ja virhemaksujen palauttamiseen. Myös immateriaalioikeudellinen hyvitys on systematisoitu erityiseksi edunpalautukseksi.²⁶⁹

5.2 Perusteeton etu immateriaalioikeudessa

IPRED 13(1) artiklan a kohdan mukaan määrittäessään vahingonkorvauksen oikeusviranomaisten on otettava huomioon kaikki asianmukaiset näkökohdat, kuten loukkaajaan saama perusteeton etu. Nimenomainen maininta perusteettoman edun huomioimisesta korostaa sen asemaa immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen arvioimiseen vaikuttavana tekijänä. Silti kansallisesti ei ole otettu lain tasolla kantaa siihen, mikä perusteettoman edun palauttamisen asema on immateriaalioikeudessa tai yleensä varallisuus oikeudessa. IPRED:n pohjalta jää kuitenkin

²⁶⁶ Karhu 2007, s. 173 ja 175.

²⁶⁷ Karhu 2007, s. 176-178. Pekkanen 1978, s. 398. Norros 2018, s. 118.

²⁶⁸ Pekkanen 1978, s. 403.

²⁶⁹ Norros 2018, s. 103, 105 ja 114.

epäselväksi tuleeko perusteeton etu huomioida yhtenä korvaukseen vaikuttavana tekijänä²⁷⁰ vai voidaanko se palauttaa aina suoraan oikeudenhaltijalle.

Perusteettoman edun on kansallisesti katsottu olevan yleisesti palautettavissa sellaisissa tilanteissa, joissa edun menetys on aiheutunut jonkun muun kuin sen menettäneen osapuolen toiminnan seurauksena riippumatta sen aiheuttajan tuottamuksesta (loukkauskonditio).²⁷¹ Jos loukkauksen kohteena on aineeton oikeus, vastaa oikeudeton käyttö Hakulisen mukaan normaalia hallinnan loukkausta. Immateriaalioikeutta ei silloin menetetä, mutta loukkaaja hyötyy vähintäänkin oikeuden käyttöarvon verran.²⁷² Brusiinin mukaan konstruktio, jonka perusteella oikeudenhaltijalta olisi jäänyt tällöin saamatta rahallinen hyvitys teoksen käytöstä, on väkinäinen, minkä vuoksi kyse on ennemminkin oikeudettomasta hyötymisestä.²⁷³ Immateriaalioikeudellisessa hyvityksessä on juuri kyse toisen omaisuuden luvattoman käytön hyvittämisestä, jolloin oikeudenhaltijalle maksettava hyvitys voidaan ymmärtää yhtenä edun palautuksen muotona, joka ei perustu sopimukseen.²⁷⁴ Jos immateriaalioikeutta on käytetty ilman tuottamusta, on vaikea ymmärtää sen suoranaisesti olevan epäasianmukaista. On kuitenkin otettava huomioon, että myös ilman tuottamusta tapahtuneesta käytöstä on ollut hyötyä loukkaajalle. Näin ollen saatu hyöty on aina epäasianmukaista.²⁷⁵ Lisäksi on mahdollista katsoa, että hyvän tavan vastaisuus on tuottamuksellisten loukkausten kohdalla argumenttina lähellä perusoikeusajatteluun liittyviä perusteluja. Hyvän tavan vastaisuudella olisi mahdollisesti hyväksyttävää perustella laajempaa korvausvastuuta vahingonkorvaustilanteessa.²⁷⁶

IPRED:n mukaan yhtenä vahingonkorvauksen suuruuteen vaikuttavana tekijänä on loukkaajan saama perusteeton etu. Tämän voi katsoa vahvistavan edunpalautuksen asemaa myös immateriaalioikeuden loukkausten yhteydessä.²⁷⁷ Toisaalta Oesch on jo aikaisemmin katsonut, että loukkaajan saama voitto vaikuttaa aina vahingonkorvauksen suuruuteen, vaikka sitä ei olisi nimenomaisesti mainittukaan laissa.²⁷⁸ Myös hallituksen esityksessä HE 26/2006 todetaan, että tapauskohtaisesti myös loukkaajan saaman voiton voidaan katsoa antavan viitettä loukkauksen vuoksi saamatta jääneen voiton määrästä. Yksin tällä perusteella vahingon määrää ei kuitenkaan voida määrittää.²⁷⁹

²⁷⁰ Loukkausvoittoa on voitu käyttää apuna, kun arvioidaan esimerkiksi kohtuullista korvausta, ks. Castrén 2015, s. 196.

²⁷¹ Hakulinen 1965, s. 385. Pekkanen 1978, s. 400.

²⁷² Hakulinen 1965, s. 392.

²⁷³ Brusiin 1953, s. 117.

²⁷⁴ Norros 2018, s. 115.

²⁷⁵ Karhu 2007, s. 189-190.

²⁷⁶ Virtanen 2011, s. 82.

²⁷⁷ Tapio 2014, s. 383.

²⁷⁸ Oesch 1989, s. 72-73.

²⁷⁹ HE 26/2006, s. 23.

Loukkausvoiton palautus ja vahingonkorvaus eivät saa kuitenkaan sisältää päällekkäisiä korvauseriä.²⁸⁰ Tämän vuoksi Castrén on katsonut, että patenttilain nojalla ei ole kansallisesti mahdollista tuomita loukkausvoiton menettämistä, ellei sen osoiteta vastaavan vahingon syntymistä.²⁸¹ Ei ole myöskään mitään automaattista velvoitetta palauttaa loukkausvoittoa oikeudenhaltijalle. Toisaalta oikeudenhaltija ei kuitenkaan koskaan hyödy edun palautuksesta, koska etu on saavutettu hänen kustannuksellansa.²⁸² On huomattava, että lisenssikorvaukseen perustuva hyvitys ei edes oikeastaan vastaa loukkaajan saamaa liikevoittoa, koska muuten lisensoiminen ei olisi lisenssin ottajalle kannattavaa. Näin ollen immateriaalioikeudellinen hyvitys on aina pienempi kuin loukkaajan saama liikevoitto.²⁸³

Tuomioistuin ei toimisi yhteiskunnan arvojen mukaan, jos se ei huomioisi immateriaalioikeudellisessa korvausharkinnassa loukkaajalle syntyntä perusteetonta hyötyä.²⁸⁴ Erityisesti vähäisen moitittavuuden tilanteissa vahingonkorvauksen välttämättömyys on perusteltavissa edunpalautuksen avulla.²⁸⁵ Koska palautus perustuu ennemminkin toisen kustannuksella savutettuun hyötyyn kuin itse vahinkoon, edun palauttamista voidaan vaatia immateriaalioikeuden loukkausten yhteydessä, jos vahingonkorvauksen edellytykset eivät tuottamuksen ja tahallisuuden osalta täyty.²⁸⁶

IPRED:n mukainen perusteettoman edun huomioiminen poikkeaa kuitenkin tästä siten, että siinä kyse on perusteettoman edun vaikutuksesta vahingonkorvauksen määrän arviointiin. Tällöin kyse ei ole vain toissijaisesta mahdollisuudesta vaatia perusteetonta etua sellaisessa tilanteessa, jossa immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus ei jostain syystä tule kyseeseen. Kyse ei ole myöskään hyvityksen ymmärtämisestä edunpalautusnormiksi. Sen vuoksi perusteettoman edun mainitseminen yhtenä immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen vaikuttavana seikkana nimenomaisesti kansallisissa immateriaalioikeuslaeissa tekisi oikeustilasta selvemmän, vaikka esimerkiksi Oesch onkin edellä todetusti katsonut perusteettoman edun vaikuttavan vahingonkorvauksen arviointiin myös ilman nimenomaista mainintaa.

Edellä todetun perusteella on erittäin kyseenalaista, että tavaramerkkilain vahingonkorvausta koskevasta pykälästä poistettiin IPRED:n voimaan saattamisen yhteydessä maininta loukkausvoiton palauttamisesta, vaikka sen tulisi nimenomaan vaikuttaa yhtenä seikkana vahingonkorvauksen

²⁸⁰ Castrén 1979, s. 112.

²⁸¹ Castrén 2015, s. 194.

²⁸² Sorvari 2007, s. 324.

²⁸³ Siivola 1998, s. 148.

²⁸⁴ Brusiin 1953, s. 111-114.

²⁸⁵ Kivimäki 1948, s. 335.

²⁸⁶ Castrén 1979, s. 102.

arviointiin. Hallituksen esityksessä todetaan seuraavaa: ”Tavaramerkkilaisissa, johon käyttöhyvitystä ei sisälly, asiallisesti samaan tulokseen pyritään voimassa olevan lain säännöksellä loukkaajan saaman voiton luovutuksesta, joka myöskin on tuottamuksesta riippumaton seuraus. Tavaramerkkilakia ehdotetaan kuitenkin muutettavaksi tältä osin vastaamaan muita teollisoikeuslakeja.”²⁸⁷ Tässä kohtaa herää välttämättä kysymys siitä, eikö olisi ollut tarkoituksenmukaisempaa lisätä kaikkiin immateriaalioikeudellisiin lakeihin maininta loukkausvoiton luovutuksesta.

Merkkillistä on myös, että aikaisemman tavaramerkkilain mukaisen loukkausvoiton luovutuksen on katsottu asiallisesti vastaavan käyttökorvausta eli immateriaalioikeudellista hyvitystä. Tämä ei kuitenkaan voi pitää paikkaansa, koska hyvityksen on katsottu perustuvan normaaliin lisenssimaksuun. Edellä Siivola onkin osuvasti todennut, että loukkaajan saama loukkausvoitto on aina suurempi kuin immateriaalioikeudellinen hyvitys. Näin ollen immateriaalioikeudellinen hyvitys ja loukkausvoiton palauttaminen eivät ole asiallisesti sama asia.

5.3 Perusteettoman edun suhde todelliseen vahinkoon

Tilannetta, jossa luvattomasti immateriaalioikeutta käyttänyt velvoitetaan palauttamaan saamansa liikevoitto, voidaan nimittää perusteettoman edun luovuttamiseksi oikeudenhaltijalle. Tällaisessa tilanteessa ei ole ensinnäkään näytetty, että oikeudenhaltija olisi voinut hankkia itse vastaavan voiton. Oikeuskäytännössä on käytetty perusteettoman edun palautusta silloin, kun vahingonkorvausta ei ole voitu tuomita näyttöongelmien vuoksi. Näin on ollut esimerkiksi ratkaisussa KKO 1974 II 4, jossa vilpillisen kilpailun johdosta tuomittiin laissa säädetyn vahingonkorvauksen sijaan perusteettoman edun palauttaminen.²⁸⁸

Aina ei ole selvää, onko KKO soveltanut ratkaisuisaan edunpalautuksen yleisnormia vai tapauskohtaista oikeudenmukaisuutta ja kohtuutta.²⁸⁹ Lisäksi aikaisemman tavaramerkkilain sanamuodon mukaan loukkausvoitto on voitu luovuttaa oikeudenhaltijalle, vaikka se olisi ylittänyt todellisen vahingon.²⁹⁰ Ratkaisussa KKO 2004:49 tavaramerkkiä loukannut osapuoli velvoitettiin korvaamaan oikeudenhaltijalle aiheutunut arvioitu goodwill-vahinko (10 000 mk) sekä luovuttamaan teostaan saamansa arvioidun voiton (10 000 mk) eli suorittamaan yhteensä 20 000 markkaa. KKO ei

²⁸⁷ HE 26/2006, s. 14.

²⁸⁸ Castrén 1979, s. 104 ja 108-109.

²⁸⁹ Pekkanen 1978, s. 402.

²⁹⁰ Castrén 1979, s. 209-210. Lisäksi rangaistusluonteisuutta korosti se, että vilpittömällä mielellä ei ollut merkitystä luovuttamisen arvioinnissa.

ollut ottanut kantaa siihen, ylittikö loukkausvoiton palauttaminen todellisen vahingon tai sisälsivätkö eri korvauserät päällekkäisiä korvauksia samasta vahingosta.

Siivola on katsonut, että edellä kuvattuun perusteettoman edun luovuttamiseen liittyy ongelmia, joiden vuoksi sitä ei tulisi soveltaa immateriaalioikeudessa.²⁹¹ Ensinnäkin, jos loukkaaja tarjoaa tuotteita alhaisemmalla hinnalla kuin oikeudenhaltija, tuotteita ostavat myös sellaiset kuluttajat, jotka eivät olisi mahdollisesti ostaneet tuotetta oikeudenhaltijalta. Sen vuoksi loukkaajan saama liikevoittoa ei voida laskea vahingoksi oikeudenhaltijan myyntikyvyn ylittävältä osalta. Toiseksi loukkaaja on myös voinut kasvattaa myyntiä tehokkaammalla markkinoinnilla oikeudenhaltijaa enemmän, minkä seurauksena tuotteen menekki on suurempi kuin oikeudenhaltijan markkinoiman tuotteen.²⁹² Lisäksi Sorvarin mukaan hyvitys ja oikeudenhaltijan saamatta jäänyt liikevoitto vastaavat jo nykyisin täyttä korvausta, minkä vuoksi loukkausvoiton huomioiminen niiden lisäksi rikkosi rikastumiskieltoa.²⁹³ Siivola on oikeassa pohtiessaan loukkaajan saaman voiton suuruuteen vaikuttavia tekijöitä, mutta ei ota huomioon, että kyseessä on joka tapauksessa liikevoitto, joka on hankittu oikeudettomasti. Sen vuoksi loukkaajan tekemiä parannelmia ei tulisi ottaa huomioon tahallisten loukkausten yhteydessä, koska kyse on perusteettomasta edusta. Loukkaaja on tällöin ottanut riskin, kun on investoinut oikeudettomaan toimintaan.

Hakulisen mukaan puolestaan toisen omaisuudesta määräämällä on voitu saada myös vastiketta, joka on palautettava oikealle omistajalle. Vastike voi olla myös suurempi kuin perusteeton hyöty. On mahdollista katsoa, että loukkaajan saama vastike on tullut alkuperäisen omaisuuden sijaan, jolloin se tulee palauttaa kokonaisuudessaan oikeudenhaltijalle. Loukkausvoiton luovuttaminen kokonaisuudessaan soveltuisi erityisesti vilpillisessä mielessä tehtyihin loukkauksiin, koska rikoshyödyn palauttamista ei voida soveltaa siviilioikeudessa.²⁹⁴

Jos loukkaaja kuitenkin antaa immateriaalioikeudellisen käyttöoikeuden kolmannelle, on sitä saatu vastike palautettava oikeudenhaltijalle. Vaikka loukkaaja olisi saanut käyttöoikeuden luovuttamisesta normaalia korkeamman vastikkeen, ei korkeamman ja normaalivastikkeen välistä erotusta voida vähentää korvauksesta edes vilpittömän mielen tilanteessa.²⁹⁵

²⁹¹ Siivola 1998, s. 140.

²⁹² Siivola 1998, s. 137-138. Tamas 2017, s. 50-51.

²⁹³ Sorvari 2005, s. 449-450.

²⁹⁴ Hakulinen 1965, s. 411-412. Vrt. vrt. laki takaisinsaannista konkurssipesään, jonka mukaan oikeudettomasti hankittu tuotto ja hyöty on palautettava.

²⁹⁵ Hakulinen 1965, s. 414. Normaalistikin oikean omistajan vaatiessa takaisin omaisuuttaan vilpittömässä mielessä olleelta kolmannelta henkilöltä otetaan huomioon vilpittömässä mielessä toimineen omistajan kustannuksella saavuttama hyöty vähennettynä mahdollisilla tämän tekemillä tarpeellisilla ja hyödyllisillä korjauksilla. Sen sijaan ratkaisun KKO 1995:3 mukaan vilpillisessä mielessä olevan osalta vain tarpeelliset kustannukset otetaan huomioon, ks. Karhu 2007, s. 178 ja Pekkanen 1978, s. 399.

Lisäksi Kivimäki on katsonut, että vahingonkorvauksen tulisi saamatta jääneen liikevoiton osalta vastata vähintään loukkaajalle aiheutunutta nettovoittoa. Vähintään nettovoiton palauttaminen oikeudenhaltijalle on perusteltua vahingonkorvauksen preventiivisen tehtävän vuoksi, eikä oikeudenhaltijan tarvitsisi tällöin edes näyttää toteen sitä, että olisi itse voinut hankkia vastaavan nettovoiton.²⁹⁶ Kivimäen näkemystä vastustanut Sorvari ei ole ottanut huomioon vahingonkorvauksen preventiivistä tarkoitusta, vaikka se on nykyään korostunut IPRED:n myötä.²⁹⁷ Vahingon määrittämiseen voitaisiin näin ollen käyttää nykyään loukkaajan saamaa liikevoittoa itsenäisenä perusteena, jos se johtaa oikeudenhaltijalle suotuisaan tilanteeseen.²⁹⁸

EU:ssa osa jäsenvaltioista soveltaa immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa laskentatapoja, joissa vaihtoehtoinen kiinteä korvaus (IPRED 13(2) artikla) voidaan perustaa loukkaajan saamaan perusteettomaan etuun, taloudelliseen hyötyyn tai saatuihin voittoihin (Italia, Irlanti ja Hollanti). Erityisesti Italian kohdalla tarkoituksena on luoda tällä tavoin pelotevaikutus mahdollisille loukkaajille. Italiassa oikeudenhaltija voi vaatia loukkaajan nettovoittojen suuruista korvausta siinäkin tapauksessa, että se ylittää oikeudenhaltijalle aiheutuneen tulojen menetyksen.²⁹⁹

Asetelma on mielenkiintoinen, koska rikastumiskielto estää viime kädessä oikeudenhaltijan rikastumisen vahingonkorvauksen kautta, mutta toisaalta loukkaajalle ei saisi jäädä perusteetonta etua loukkauksen seurauksena. Myöskään rikollisen toiminnan ei tulisi olla kannattavaa. Sen vuoksi on oikeudenmukaisempaa ja perusteltua rikastumiskiellon estämättä palauttaa loukkaajan saama perusteeton etu ainakin nettovoiton osalta oikeudenhaltijalle, jonka yksinoikeutta on loukattu. Ei olisi oikeudenmukaista, että rikastumiskielto johtaisi loukkaajan suojelemiseen ja saattamiseen parempaan asemaan.

5.4 Rikoshyödyn palauttaminen

Lopuksi tarkastellaan vielä rikoshyödyn menettämistä rikosoikeudessa, koska sen tavoitteet ovat IPRED:n asettaminen tehokkuuden ja varoittavuuden vaatimusten mukaisia. Rikoshyödyn menettämisellä (RL 10:2) vältetään tilanne, jossa rikollinen toiminta kannattaisi. Menettämisseuraamus ei saisi kuitenkaan olla rangaistusluonteinen, vaikka se onkin seurausta rikoksesta.³⁰⁰ Menettämisseuraamukseen ei vaikuta myöskään tekijän syyllisyyden aste, eikä siten sillä ole tarkoitus moittia tekijää.³⁰¹ Samoin immateriaalioikeudellisen loukkausvoiton palauttamisen

²⁹⁶ Kivimäki 1948, s. 334.

²⁹⁷ Sorvari 2005, s. 421.

²⁹⁸ Hasselblatt 2018, s. 1420-1421. Ks. myös Hakulinen 1965, s. 415.

²⁹⁹ OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 29.

³⁰⁰ Korkka 2015, s. 30-31. He 80/2000 vp, s. 15.

³⁰¹ Korkka 2015, s. 56.

kohdalla olisi mahdollista pitää perusteettoman edun palauttaminen ainoastaan neutraalina seuraamuksena oikeudenvastaisesta toiminnasta.

RL 10:2 tulkinnassa on otettava huomioon rikosoikeudellinen rikastumiskieltoperiaate. Tässä kontekstissa nimenomaan rikastumiskielto on se tukintaperiaate, joka estää rikollista hyötymästä rikoksestaan. Tulkintaperiaate laajentaa menetettäväksi tuomittavan rikoshyödyn alaa. Periaatteen kautta pyritään siten varmistamaan, että rikolliselle ei jää lainkaan taloudellista hyötyä teon seurauksena. Toisaalta rikastumiskieltoperiaatteen vastavoimana toimii rankaisukieltoperiaate, jonka mukaan menettämisseuraamus ei saa olla rangaistusluonteinen. Rikastumiskieltoperiaate perustuu selvemmin yleiseen oikeustajuun, mutta molemmat periaatteista saavat tukea lain esitöistä. Paras mahdollinen tulos saadaan, kun rikastumiskielto- ja rankaisukieltoperiaatteita punnitaan toisiaan vasten.³⁰²

Nuotio on katsonut, että rikastumiskieltoperiaate perustuu lopulta oikeudenmukaisuusperiaatteeseen, vaikka sillä tavoitellaankin sitä, että rikos ei saa kannattaa.³⁰³ Myös immateriaalioikeudessa oikeudenmukaista olisi, että oikeudenhaltija saisi täyden korvauksen aiheutuneesta vahingosta ja loukkaajalle ei jäisi taloudellista hyötyä loukkauksen seurauksena. Mielenkiintoista on, että rikastumiskieltoperiaatteella viitataan rikosoikeudessa rikollisen saamaan hyötyyn, kun taas vahingonkorvausoikeudellinen rikastumiskielto viittaa vahingonkärsijän rikastumiseen. Huomiota tulisi kiinnittää enemmän myös siihen, ettei immateriaalioikeuden loukkaaja rikastu perusteettomasti.

Toisaalta rikoshyöty konfiskoidaan kuitenkin valtiolle eikä rikoksen uhrille.³⁰⁴ Sama saattaa olla mahdollista myös immateriaalioikeusloukkausten yhteydessä, jos kyse on rikollisesta teosta. Tällöin loukkaajalle ei jäisi taloudellista hyötyä loukkauksen johdosta, koska nettohyöty konfiskoitaisiin valtiolle.³⁰⁵ Ongelmia aiheutuu kuitenkin heti, kun kyseessä ei ole rikosoikeudellinen loukkaus. Eikö olisi oikeudenmukaista palauttaa loukkausvoitto tällöin suoraan oikeudenhaltijalle?

Vastaus edelliseen kysymykseen on myöntävä, koska kotimainen edunpalautusjärjestelmä perustuu eettisiin ja moraalisiin argumentteihin oikeudenmukaisuudesta. Ainakin tahallisten ja tuottamuksellisten loukkausten yhteydessä loukkaaja on ottanut tietoisien riskien siitä, että voi joutua myöhemmin oikeudettomasta käytöstä korvausvastuuseen. Oikeudenmukaista on, että loukkaajalle ei jää mitään taloudellista hyötyä loukkauksen seurauksena. Näin ollen on katsottava, että loukkaajan

³⁰² Korkka 2015, s. 39, 74 ja 77-78.

³⁰³ Nuotio 2013, s. 340. Nuotio viittaa Ronald Dworkinin Law's Empire -kirjassa esitettyyn oikeudenmukaisuusperiaatteeseen.

³⁰⁴ Aikaisemmin myyntihinnan ja vahingonkorvauksen välinen erotus konfiskoitiin valtiolle RL 2:16 perusteella, ks. Siivola 1999, s. 269.

³⁰⁵ Tapio 2014, s. 382.

oikeudettomalla immateriaalioikeuden hyödyntämisellä saama vastike on tullut alkuperäisen oikeuden käyttöoikeuden sijaan, jolloin vastike tulee palauttaa kokonaisuudessaan oikeudenhaltijalle, koska rikoshyödyn palauttamista ei voida soveltaa siviilioikeudellisen vahingonkorvauksen yhteydessä.

6. IMMATERIAALIOIKEUDELLINEN HYVITYS

6.1 Immateriaalioikeudellinen hyvitys

6.1.1 Yleistä hyvityksestä

Immateriaalioikeudellinen hyvitys on siitä mielenkiintoinen korvausmuoto, että siitä ei säädetä nimenomaisesti IPRED:n vahingonkorvausta koskevassa 13 artiklassa.³⁰⁶ Koska kyseessä on minimidirektiivi, kansallisen lainsäädännön tulee täyttää vain sen asettamat vähimmäisvaatimukset, jolloin kansallinen immateriaalioikeudellinen lainsäädäntö voi olla oikeudenhaltijoille IPRED-direktiiviä edullisempaa. Direktiiviä voimaan saatettaessa onkin todettu seuraavaa: ”Artiklan 1 kohdan b alakohdan mukainen vaihtoehtoinen vahingon määrittämisen peruste vastaa pitkälti lainsäädäntömme käyttöhyvitystä. Sitä koskevat säännökset ovat loukatun osapuolen kannalta direktiiviä edullisempia siinä mielessä, että käyttöhyvitys tulee maksettavaksi tuottamuksesta riippumatta.”³⁰⁷

IPRED 13(1) artiklan b kohdan mukaan vaihtoehtona a kohdan säännökselle oikeusviranomaiset voivat soveltuviin tapauksiin määrittää vahingot kiinteänä määränä esimerkiksi vähintään niiden rojaltien tai maksujen määrän perusteella (hypoteettinen rojaltili), jotka oikeudenloukkaaja olisi joutunut suorittamaan, jos se olisi pyytänyt lupaa käyttää kyseistä teollis- ja tekijänoikeutta. IPRED:n mukaan hypoteettisen rojaltilin kohdalla on siten kuitenkin edelleen kyse vahingonkorvauksesta ja sen on katsottava olevan vaihtoehtoinen laskentatapa a kohdan mukaiselle menettelylle soveltuviin tilanteisiin. Ennen tarkempaa kannanottoa kansalliseen implementointiin on ensin kuitenkin tarkasteltava immateriaalioikeudellisen hyvityksen kansallista merkitystä. Immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus ymmärretään tässä edelleen laajasti siten, että kotimaista hyvitystä tarkastellaan sen osana kuten hallituksen esityksessä on todettu.

Hyvityksestä säädetään varsin yhdenmukaisesti kansallisissa immateriaalioikeuksia koskevissa laeissa. Huomattavaa on, että hyvitystä suoritetaan tuottamuksesta riippumatta jokaisen immateriaalioikeuden loukkauksen yhteydessä. Hyvitys on muodostanut kansallisesti tavallaan immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen alarajan ja hyvitys yhdessä vahingonkorvauksen kanssa korvauksen ylärajan. Hyvityksen ja vahingonkorvauksen suhde on samanlainen kaikissa

³⁰⁶ Ks. esim. Castrén 2015, s. 140-141.

³⁰⁷ HE 26/2006, s. 14.

immateriaalioikeudellisissa laeissa kansallisesti.³⁰⁸ Hyvityksestä säädetään seuraavasti esimerkiksi tavaramerkkilaisissa ja tekijänoikeuslaissa:³⁰⁹

Tavaramerkkilaki 38.2 §: ”Joka tahallaan tai huolimattomuudesta loukkaa oikeutta tavaran tunnusmerkkiin, on velvollinen suorittamaan loukatulle kohtuullisen hyvityksen merkin käyttämisestä.” *Tavaramerkkilaki 38.3 §:* ”Jos huolimattomuuttakaan ei ole, loukkaaja on velvollinen suorittamaan kohtuullisen hyvityksen merkin käyttämisestä.”

Tekijänoikeuslaki 57.1 §: ”Joka vastoin tätä lakia tai 41 §:n 2 momentin nojalla annettua määräystä käyttää teosta taikka tuo maahan tai Suomen alueelle edelleen kolmanteen maahan kuljetettavaksi teoksen kappaleen, on velvollinen suorittamaan tekijälle kohtuullisen hyvityksen. Vastoin lakia tapahtuvasta teoksen kappaleen valmistamisesta yksityistä käyttöä varten on hyvitysvelvollisuus vain siinä tapauksessa, että kappaleen valmistaja on tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että kopioitava aineisto on saatettu yleisön saataviin vastoin tätä lakia.”³¹⁰

Immateriaalioikeudellinen hyvitys ei käytännössä riipu lainkaan loukkauksesta aiheutuneesta taloudellisesta vahingosta, eikä oikeudenhaltijan tule osoittaa kärsineensä tappiota loukkauksen johdosta.³¹¹ Hyvitys perustuu sen sijaan loukkaajan saamaan perusteettomaan etuun ja objektiiviseen vastuuseen immateriaalioikeuden käyttämisestä.³¹² Hyvityksen ei tulisi olla siten korvaus VahL 5:1 mukaisesta puhtaasta varallisuusvahingosta. Olennaista hyvityksen kohdalla on, että loukkaaja on rikkonut jonkin voimassa olevan lain säännöksiä ja sen kautta on velvollinen hyvittämään loukkaavan toimintansa oikeudenhaltijalle.³¹³ Hyvitysvelvollisuuden kannalta ei ole myöskään merkityksellistä, onko loukkaaja hyötynyt millään tavoin taloudellisesti loukkauksesta.³¹⁴ Näin ollen on selvää, että hyvitysvelvollisuus perustuu suoraan loukkaajan oikeudenvastaiseen menettelyyn.

Hyvityksen perusteena käytetään yleensä lisenssimaksua³¹⁵ eli immateriaalioikeuden hyödyntämisestä normaalisti maksettavaa käyttökorvausta. Lisenssisopimuksesta neuvoteltaessa päätetään siitä, millaista vastiketta vastaan oikeudenhaltija luovuttaa immateriaalioikeuden toiselle

³⁰⁸ Siivola 1999, s. 267.

³⁰⁹ Myös patenttilaissa ja mallioikeuslaissa säädetään hyvityksestä vastaavalla tavalla.

³¹⁰ Säännöksessä on otettu huomioon, että internetissä olevan materiaaliin alkuperästä ja laillisuudesta on välillä mahdotonta varmistua. Muutenkaan tekijänoikeuksia ei tarvitse rekisteröidä, minkä vuoksi niitä ei voi selvittää mistään rekisteristä., ks. Karhu 2007, s. 190.

³¹¹ Salmi ym. 2008, s. 654.

³¹² Oesch 1989, s. 67. Immateriaalioikeudellinen hyvitys on siten eräänlainen edunpalautuksen tyyppitilanne kuten edellä on jo todettu.

³¹³ Saarnilehto 2007, s. 20. HE 26/2006, s. 23.

³¹⁴ KKO 2010:47

³¹⁵ Ks. esim. uudemmassa oikeuskäytännöstä KKO 2018:21.

osapuolelle. Rojaltikorvauksista sovitaan yleensä sopimuksien rahasuorituslausekkeissa. Rojaltin suuruuteen vaikutta keskeisesti neuvottelijoiden näkemys immateriaalioikeuden arvosta, joka on tietenkin hyvin sopimuksenvarainen asia. Arvo perustuu yleensä erityisesti arvioon tulevaisuudessa saatavista tuloista. Rojaltin suuruuteen vaikuttaa myös alan standardien mukaiset käyttökorvausprosentit. On kuitenkin niin, että ostajan tulee viime kädessä maksaa myyjän asettama hinta. Tästä voidaan kuitenkin poiketa, jos myyjän asettama hinta olisi kohtuuton.³¹⁶

Jokaisella alalla on yleensä oma tavanomainen käyttökorvausprosentti, jota käytetään alakohtaisesti hyvitystä laskettaessa. Oikeuskäytäntö osoittaa kuitenkin, että esimerkiksi tekijänoikeusloukkausten osalta on käytetty pohjana myös keskimääräistä rojaltiprosenttia alempaa tasoa. Lisenssimaksujen sijaan hyvityksen laskemisen pohjana on pidetty myös vähittäismyyntihintaa.³¹⁷ Lisäksi kaikkea korvausta ei makseta kertakorvauksena vaan lisensoidun oikeuden liikevaihdon perusteella, minkä vuoksi lisenssikorvauksen määrää on vaikea arvioida, ellei turvauduta lisäkäyttöoikeuden käyttämiseen.³¹⁸ Toisaalta kaikilla aloilla ei ole edes vakiintunutta käyttökorvausprosenttia tai sitä ei voida ainakaan näyttää toteen tuomioistuimessa. Tällöin loukkaajat pääsevät hyötymään, koska hyvitysmäärät arvioidaan yleensä varsin vähäisiksi.

Tuomioistuinten olisi aina hyvä ilmoittaa ratkaisun perusteluissa laskukaava, jonka perusteella kohtuullinen hyvitys on laskettu. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1942 II 192 kohtuulliseksi korvaukseksi sävellysten esittämisoikeuden loukkaamisesta katsottiin yhden prosentin elokuvien esittämisestä saaduista bruttotuloista. Tuomiossa ei ollut kuitenkaan perusteltu sen enempää, miten kyseiseen korvaukseen oli päädytty.³¹⁹ Myös tiettyyn käyttökorvausprosenttiin päätyminen tulisi perustella, joten pelkän laskukaavan ilmoittaminen ei välttämättä tarjoa riittävästi informaatiota tiettyyn hyvitysmäärän perusteista.

6.1.2 Immateriaalioikeudellisen hyvityksen vähäisyys

Komissio on katsonut, että IPRED 13(1) artiklan b kohtaan liittyvin suurin ongelma aiheutuu siitä, että tuomioistuin joutuu korkean todistustaakan vuoksi valitsemaan kiinteään korvaukseen perustuvan laskentatavan, jonka kohdalla ei vaadita tarkkaa näyttöä vahingon suuruudesta. Kertasummana maksetut korvaukset ovat kuitenkin olleet vain 1-5 % loukkaajan loukkaukseen liittyvästä liikevaihdosta, mikä johtuu kertasumman laskennallisena perusteena käytettävästä rojaltimaksusta. Näiden seikkojen vuoksi komissio on arvioinut, että yksinkertainen rojaltiin tai

³¹⁶ Oesch 2007, s. 26-28. Castrén 1979, s. 145.

³¹⁷ Aalto-Setälä ym. 2016, s. 301.

³¹⁸ Siivola 1999, s. 266.

³¹⁹ Brusiin 1953, s. 115.

muihin maksuihin perustuva vahingonkorvaus ei riitä kattamaan kaikkea todellisesti aiheutunutta vahinkoa. Huomiota tulee kiinnittää myös siihen, että pohjana voidaan käyttää myös hypoteettista rojaltia, jos lisenssimaksuja ei ole määritelty. Tällöin rojaltiin perustuva vahingonkorvaus voi olla entistä pienempi.³²⁰

Hyvityksen vähäisyys ja käyttökorvausprosentin arvioiminen on ollut myös kansallisesti yksi immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen ongelmista. Ratkaisussa MAO:234/16 (Onnibus) oli kyse oikeudenhaltijan tavaramerkin kanssa sekoitettavissa olevan merkin käyttämisestä elinkeinotoiminnassa, minkä johdosta oikeudenhaltija oli vaatinut hyvityksenä 8 % merkkiä hyödyntämällä saadusta liikevaihdosta. Tapauksessa ei ollut kuitenkaan näyttöä alan normaalista lisenssikorvauksesta, joten MAO arvio kohtuullisen hyvityksen erikseen jokaisen loukkaajan suhteen ottaen huomioon käytön keston ja laajuuden sekä saadun liikevaihdon päätyen lopulta pitämään kohtuullisena hyvityksenä noin 0,05 % saadusta verottomasta liikevaihdosta.

Myös ratkaisussa MAO:271/17 oli kyse tavaramerkkiin sekoitettavissa olevan merkin käytöstä. Hyvitystä ei voitu perustaa lisenssimaksuun, koska elintarvikealalla ei ollut mahdollista määrittää normaalikorvausta, minkä seurauksena MAO arvioi kohtuulliseksi hyvitykseksi 3 % saadusta arvonnäköverottomasta myyntihinnasta.

Edellisissä MAO:n ratkaisuissa on nimenomaan kyse komission mainitsemasta hypoteettisesta rojaltista, koska liikennöinti- ja elintarvikealalla ei ollut osoitettu olevan normaali lisenssikorvausta, jota olisi voitu käyttää hyvityksen laskemisen pohjana. Tällöin MAO on arvioinut itse kohtuullisen hyvityksen tapauksen erityispiirteiden perusteella. Kuitenkin 0,05 % käyttökorvausta loukkaajan arvonnäköverottomasta liikevaihdosta on pidettävä suhteellisen pienenä, jos ottaa huomioon esimerkiksi, että laillisesti toimivan elinkeinonharjoittaja olisi joutunut investoimaan huomattavan määrän mainoskampanjaan saavuttaakseen yhtä laajan tunnettuuden kuin luvattomasti tavaramerkkiä käyttänyt loukkaaja.

MAO:n käytännössä on myös tapauksia, jotka tuovat esille IPRED:n laajan soveltamisalan aiheuttamat ongelmat ja seuraamusten oikeasuhtaisuuden merkityksen. Viime aikaisissa tapauksissa oikeudenhaltijat ovat oletettavasti vaatineet loukkaajilta muutaman televisiosarjan jakson levittämisestä 1 000 euron hyvitystä oikeudenkäynnin uhalla. Voitetun oikeudenkäynnin seurauksena MAO on pitänyt kohtuullisena hyvityksenä 100 euroa, mikä on epäsuhteessa 1 000 euron

³²⁰ COM(2017) 708 final, s.5. SWD(2017) 431 final, s. 16. SWD(2017) 431 final ANNEX III, s. 59-64. Prosentuaalinen arvio perustuu ANNEX III perusteella Saksan ja Ranskan oikeuskäytäntöön. European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, s. 3.

hyvitysvaatimukseen. Vaikka hyvitys olisikin kohtuullinen, loukkaaja on myös joutunut korvaamaan kantajan kymmenien tuhansien eurojen oikeudenkäyntikulut.³²¹ Tämä perustelisi immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen soveltamisalaan tehtäviä muutoksia siten, että erilaisten toimijoiden asema loukkaajina otettaisiin paremmin huomioon. Osittain kyse on samasta asiasta kuin syyllisyyden asteen huomioimisessa immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen vaikuttavana tekijänä.

6.2 Hyvitys osana immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta

6.2.1 Immateriaalioikeudellisen hyvityksen vahingonkorvausoikeudellinen luonne

Immateriaalioikeudellinen hyvitys on kansallisesti erotettu nimenomaisesta immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta, jonka puitteissa voidaan vaatia korvausta kaikesta aiheutuneesta vahingosta. Laajasti ymmärrettynä kansallinen immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus kattaa kuitenkin sekä hyvityksen että varsinaisen vahingonkorvauksen. Hyvitys ja varsinaisen vahingonkorvaus on pidetty erillään, eikä niiden ole katsottu sisältävän korvausta samasta vahingosta. Seuraavassa tarkastellaan hyvityksen suhdetta varsinaiseen vahingonkorvaukseen.

Siivola on katsonut, ettei hyvitykseen sisälly vahingonkorvausoikeudellista ainesta, minkä vuoksi on epäselvää, päteekö vahingonkorvausoikeuden yleiset opit sen kohdalla. Hyvitys kuuluu kuitenkin yhdessä vahingonkorvauksen kanssa immateriaalioikeudelliseen seuraamusjärjestelmään. Toisaalta hyvitykseen olisi mahdollista soveltaa sopimusoikeudellisia yleisiä oppeja. Molemmat vaihtoehdot johtavat kuitenkin objektiiviseen, markkinahintaiseen korvaukseen, jolla vahingonkärsijän ei tulisi rikastua.³²²

Ratkaisussa KKO 1989:87 on todettu seuraavaa: ”Hyvitykseen ei siten sisälly vahingonkorvauksellista ainesta vaan hyvitys määräytyy normaalien käyttökorvausten eli lisenssimaksujen mukaisesti.”³²³ KKO on kuitenkin ratkaisussa 2010:47 katsonut, että tekijänoikeudellisen kohtuullisen hyvityksen tarkoituksena on osaltaan saattaa tekijänoikeudenhaltija siihen asemaan, jossa hän olisi ollut ilman tekijänoikeuden loukkausta. Myöskin ratkaisun KKO 1998:91 mukaan hyvityksellä on preventiivinen tehtävä.³²⁴ Varsinaisen vahingonkorvausoikeudellisen aineksen puuttumista onkin siten vaikeaa uskoa, koska KKO:n ratkaisuissa hyvityksellä on ollut tarkoitus korvata oikeudenhaltijalle taloudellisen tilanteen

³²¹ MAO:565/17 ja MAO:27/19.

³²² Siivola 1999, s. 265.

³²³ Ks. myös KKO 2007:63, jossa KKO totesi, että hyvityksen tarkoitus on osaltaan saattaa oikeudenhaltija loukkausta edeltäneeseen asemaan.

³²⁴ Preventiivinen tehtävä on vahvistettu myös ratkaisussa KKO 2007:63

huonontumisesta aiheutuneita vahinkoja, mikä vaikuttaa puhtaasti vahingonkorvausoikeuden tehtävältä.³²⁵ Toisaalta KKO ei ole aina ottanut nimenomaisesti kantaa hyvityksen ja varsinaisen vahingonkorvausoikeuden suhteeseen.³²⁶

Vielä epäselkeämpää on se, että ratkaisussa MAO:565/17 hyvityksen suuruutta oli arvioitu OK 17:3.2:n perusteella, joka on tarkoitettu täyden näytön periaatteesta poikkeamiseen vahingonkorvausoikeudessa. MAO katsoi ottaen huomioon hyvityksen määrää korottavista ja alentavista seikoista lausutun, että kohtuullisena hyvityksenä oli OK 17:3.2:n perusteella pidettävä elokuvateoksen osalta 100 euroa. Ratkaisullaan MAO on tehnyt vahingonkorvauksen ja hyvityksen välisen rajanvedon entistä epäselvemmäksi. Miksi MAO yleensä pyrkii selvittämään todellisen vahingon suuruutta arvioidessaan hyvitystä, joka ei perustu todellisesti aiheutuneeseen vahinkoon? Katson, että MAO on siten arvioinut hyvityksen suuruutta samoilla perusteilla kuin varsinaista immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta.

Näin ollen vaikuttaa siltä, että immateriaalioikeudellisella hyvityksellä on samansuuntaisia tavoitteita kuin varsinaisella immateriaalioikeudellisella vahingonkorvauksella. Tämä tukee sitä näkemystä, että kansallinen hyvitys vastaisi IPRED 13(1) artiklan b kohtaa, jossa on kyse varsinaisesta vahingonkorvauksesta.

6.2.2 IPRED 13(1) artiklan b kohdan tulkitseminen

Komission mukaan olennaista on, että kansallisten lainsäädäntöjen tulee tarjota oikeudenhaltijalle mahdollisuus valita 13(1) artiklan a ja b kohtien väliltä yksittäistapaukseen paremmin sopiva vahingon määrän laskentatapa.³²⁷ Eri laskentatapoja ei voida kuitenkaan yhdistää, vaan niistä sovelletaan toista tapauksen erityispiirteet huomioiden.³²⁸ Komissio katsoo, että tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että b kohta tulisi sovellettavaksi ainoastaan toissijaisesti silloin, kun a kohdan mukaista menettely ei ole mahdollista käyttää. Sen sijaan valinta tulee tehdä tapauskohtaisesti objektiivista kriteeristöä soveltaen ottaen huomioon IPRED:n 3 artiklan asettamat oikeasuhtaisuuden ja tehokkuuden vaatimukset.³²⁹ Epäselväksi vaikuttaa jäävän, saako tuomioistuimien oikeudenhaltijan vaatimuksista riippumatta soveltaa parhaaksi näkemäänsä laskentatapaa.

³²⁵ Tapio 2014, s. 369.

³²⁶ KKO 2011:92.

³²⁷ Hasselblatt on puolestaan katsonut, että tuomioistuimien saa itse päättää kumpaa tapaa sovelletaan eikä oikeudenhaltijalle tarjota valintamahdollisuutta, ellei jäsenvaltio halua säätää IPRED:ä laajemmasta suojasta, ks. Hasselblatt 2018, s. 1420-1421. Stamatoudin mukaan tuomioistuimien voi käyttää 13(1) artiklan menetelmiä riippuen siitä, kumpi on oikeudenhaltijalle edullisempi ottaen huomioon tapauksen erityispiirteet. Sen vuoksi näyttöongelmien kohdalla tuomioistuimien voi korvata vahingon suoraan kiinteänä korvauksena, ks. Stamatoudi 2014, s. 631.

³²⁸ IPRED, resitaali 26.

³²⁹ COM(2017) 708 final, s. 4.

Komissio on arvioinut myös aineettoman vahingon korvattavuutta IPRED 13 artiklan perusteella. Komission mukaan 13(1) a ottaa moraalisen haitan huomioon muuna kuin taloudellisena haittana eli yhtenä vahingonkorvauksen määrään vaikuttavana osatekijänä. Sen sijaan 13(1) b ei nimenomaisesti mainitse aineetonta vahinkoa kiinteän korvaussumman laskennallisena perusteena. Komissio yhtyy kuitenkin EUT:n kantaan, jonka mukaan myös kiinteän kertakorvauksen laskennassa tulee huomioida kaikki aiheutunut vahinko mukaan lukien moraalinen haitta.³³⁰

Komissio viittaa tapaukseen C-99/15 (Liffers)³³¹, jossa EUT ensinnäkin katsoi, että direktiivin tulkinnassa vaikuttaa sanamuodon lisäksi asiayhteys ja direktiivin säännöksen tavoite.³³² Merkittävää on, että IPRED 13(1) artiklan b kohdassa säädetään mahdollisuudesta määrittää vahingot kiinteänä määränä ”vähintään” siinä mainittujen seikkojen perusteella. Näin ollen kyseiseen määrään voidaan sisällyttää sellaisia muita seikkoja, kuten mahdollisesti korvaus kyseiselle oikeudenhaltijalle aiheutuneesta aineettomasta vahingosta. Oikeudenhaltija voi siis vaatia rojalteihin tai lisenssimaksuun perustuvan 13(1) b kohdan yhteydessä samalla korvausta myös aineettomasta vahingosta siten kuin siitä on säädetty 13(1) a kohdassa.³³³ EU:n julkisasiamies on hyvin osuvasti todennut, että pelkkään rojaltiin perustuva summa sisältäisi vain korvauksen, jonka loukkaaja olisi joka tapauksessa joutunut maksamaan. Lisäksi tämä määrä voi olla todellista vahinkoa pienempi, mikä ei ole ollut direktiivin tarkoituksena. Aineettoman vahingon huomiotta jättäminen veisi pohjan vahingonkorvauksen varoittavuudelta ja tehokkuudelta, jotka nimenomaan mainitaan IPRED:n yleisvelvoitteessa. Ei ole myöskään hyväksyttävää, että laillisesti käyttö lupaa pyytänyt ja laittomasti oikeutta loukannut asetettaisiin lopulta samaan asemaan eli maksamaan viime kädessä vain lisenssimaksun.³³⁴

EUT on ottanut kantaa myös vahingon määrittämiseen lupamaksujen perusteella kasvinjalostajanoikeuden osalta ratkaisussa C-481/14 (Hansson).³³⁵ EUT:n mukaan kasvinjalostajanoikeuden luvattomasta käytöstä seuraavaa kohtuullisen palkkion käsitettä on tulkittava siten, että se kattaa paitsi tavanomaisen lupamaksun, joka olisi pitänyt suorittaa luvanvaraisen tuotannon osalta, myös kaikki vahingot, jotka liittyvät läheisesti tämän lupamaksun

³³⁰ COM(2017) 708 final, s. 4-5.

³³¹ C-99/15 Christian Liffers vastaan Producciones Mandarina SL ja Mediaset España.

³³² C-127/14 Andrejs Surmačs vastaan Finanšu un kapitāla tirgus komisija, kohta 28. C-99/15, kohta 14.

³³³ C-99/15, kohdat 15-24. Huomautetaan, että ratkaisun C-99/15 suomenkielinen käännösversio oli aikaisemmin virheellinen, koska siinä katsottiin, että kiinteään korvaukseen ei voi sisältyä korvausta aineettomasta vahingosta. Käännösversiota on kuitenkin muutettu kirjoittajan ilmoituksen johdosta 13.2.2019. IPRED:n 13(1) artiklan b kohdassa säädetty kertakorvaus on myös mielenkiintoinen, koska se antaa mahdollisuuden säätää kertakorvauksesta, joka voi perustua esimerkiksi rojalteihin tai lisenssimaksuun ottamatta kantaa siihen, mitä muut korvauksen mahdolliset perusteet voisivat olla, ks. Haarmann 2005b, s. 62.

³³⁴ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus: Melchior Wathelet 19 päivänä marraskuuta 2015 asiassa C-99/15, kohdat 25-35.

³³⁵ C-481/14 Jørn Hansson vastaan Jungpflanzen Grünwald GmbH.

suorittamisen laiminlyöntiin, mahdollisesti mukaan lukien esimerkiksi viivästyskorot. Kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi jää määritellä ne olosuhteet, jotka edellyttävät kyseisen lupamaksun korotusta, kuitenkin siten, että kukin niistä voidaan ottaa huomioon vain kerran arvioitaessa kohtuullisen palkkion määrää (esim. ainutlaatuinen asema markkinoilla).

Myös Väärentämisen ja piratismin eurooppalainen seurantakeskus³³⁶ (European Observatory on Counterfeiting and Piracy)³³⁷ on vuoden 2010 selvityksessään antanut lausunnon siitä, miten vahingonkorvausta tulisi kehittää EU:ssa. Ensinnäkin vahingonkorvauksen tulisi vastata kaikkea oikeudenloukkauksesta aiheutunutta vahinkoa mukaan lukien välitön ja välillinen vahinko sekä siitä muutoin aiheutuvat taloudelliset vaikutukset. Tämä edellyttää sitä, että jäsenmaat mahdollistavat kohtuulliset taloudelliset vaikutukset huomioivan kiinteän korvauksen vaatimisen vähintään vaihtoehtona toteen näytettävissä oleville vahingoille. Kertakorvauksen laskentatapa tulisi vahvistaa etukäteen. Laskentatavan tulee vastata kohtuullista arviota kaikista oikeudenhaltijan todennäköisesti kärsimistä negatiivisista taloudellisista seurauksista. Laskentatavan tulee olla seurantakeskuksen mukaan vaihtoehtona mille tahansa muulle vahingon määrittämisessä käytettävälle laskentatavalle vähintäänkin tekijänoikeuden- ja tavaramerkkien loukkausten yhteydessä.³³⁸

Kansallinen immateriaalioikeudellinen hyvitys ei kuitenkaan kata kaikkea loukkauksesta aiheutunutta vahinkoa, joten se ei vastaa täysin IPRED 13(1) artiklan b kohtaa, jonka tulisi soveltua vahingonkorvauksen laskemiseen vaihtoehtona IPRED 13(1) a kohdan varsinaiselle vahingonkorvaukselle. Sen sijaan tuottamuksellisten ja tahallisten loukkausten yhteydessä sovelletaan Suomessa vahingonkorvausta ja käyttöhyvitystä samaan aikaan, mikä aiheuttaa ongelmia arvioida vahingonkorvauksena maksettavaa korvausta itsenäisesti ilman hyvityksen kanssa päällekkäisiä näkökohtia. Ongelmaa ei olisi, jos rikastumiskieltoa ei sovellettaisi ollenkaan immateriaalioikeuksien loukkaustilanteissa. Asiaan liittyen ei ole toisaalta säädetty normista, joka pakottaisi arvioimaan hyvityksen ja vahingonkorvauksen yhteensovitetusti siten, että hyvitys olisi huomioitava vahingonkorvauksen määrässä. Näin ollen seuraamuksien voidaan tulkita olevan myös itsenäisiä.³³⁹ On kuitenkin myös katsottu, että kumulointikielto estäisi itsenäisen arvioinnin.³⁴⁰ Vaikuttaakin siltä, että rikastumiskielto sekä vahingonkorvauksen ja hyvityksen erottelu vaikeuttavat

³³⁶ Heino 2017, s. 48.

³³⁷ Seurantakeskus perustettiin vuonna 2009, ja se koostuu asiantuntijoista ja oikeudenhaltijoista. Vuodesta 2012 lähtien se on toiminut EUIPO:n alaisuudessa nimellä European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights. Ks. KOM(2009) 467 lopullinen ja <https://euipo.europa.eu/ohimportal/fi/web/observatory/about-us>.

³³⁸ European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, s. 5.

³³⁹ Karhu 2007, s. 189-190.

³⁴⁰ Castrén 1979, s. 146.

vahingonkorvauksen laskemista kansallisesti. Näin ei saisi olla, koska IPRED 3(1) artiklan mukaan kansalliset oikeussuojakeinot eivät saa olla liian monimutkaisia.

Edellä todetusti komission mukaan immateriaalioikeuden näyttöongelmat ovat johtaneet siihen, että korvauksia haetaan enemmän IPRED 13(1) b kohdan kiinteän korvauksen perusteella. Syynä tähän on se, että 13(1) a kohdan soveltaminen edellyttää kaikkien asianmukaisten seikkojen tunnistamista ja määrällistä arviointia, mikä saattaa olla vaikeaa useissa tilanteissa.³⁴¹ Myös kansallisesti hyvityksen vaatiminen on helpompaa, koska hyvitysvelvollisuus ei riipu todellisesti aiheutuneesta vahingosta, ja se määrätään korvattavaksi tuottamuksesta riippumatta. Ongelmallista on kuitenkin, että hyvitystä pidetään edelleen ensisijaisesti käyttökorvauksena luvattomasta oikeuden käytöstä. Tämä rajaa kiinteän korvauksen ulkopuolelle korvauksen kaikesta aineellisesta ja aineettomasta vahingosta, eikä oikeudenhaltija välttämättä saa niistä mitään korvausta, jos hänen vahingonkorvausvaatimuksensa hylätään.

6.2.3 Kansallisen lainsäädännön muutostarve

EU-oikeuden implementointi ja kansallinen soveltaminen riippuu osittain siitä, tunnistaako kansallinen oikeusjärjestys direktiivien säännöksiä jo entuudestaan. Seuraamukset saattavat muodostua liian vahvoiksi tai heikoiksi erityisesti uudenlaisten säännösten kohdalla, koska kansalliset perinteet eivät ole ohjaamassa tulkintaa.³⁴² Yleisen vahingonkorvauksen yleiset opit eivät ole kuuluneet EU:n harmonisoinnin piiriin, joten oletettavasti vahingonkorvausoikeudelliset periaatteet poikkeavat toisistaan jäsenmaiden välillä.³⁴³ Riski on olemassa, koska IPRED ei tunnista kotimaista immateriaalioikeudellista hyvitystä.

Tähän liittyen lainsäätäjä on katsonut, ettei kansallinen lainsäädäntö ole ristiriidassa IPRED:n kanssa, minkä vuoksi immateriaalioikeuslainsäädäntöä ei ole uudistettu. IPRED:llä tulisi olla kuitenkin vähintään tulkintavaikutusta kansallista lainsäädäntöä sovellettaessa. Suomessa ei ole myöskään toteutettu immateriaalioikeudessa kokonaisuudistusta, jolla olisi selvennetty seuraamusjärjestelmää.³⁴⁴ Sorvari on katsonut, että direktiivin vaatimukset täyttyvät sillä perusteella, että Suomessa sovelletaan hyvitystä IPRED 13(1) artiklan b-kohdan menetelmän osalta.³⁴⁵

³⁴¹ COM(2017) 708 final, s. 4.

³⁴² Norrgård 2005, s. 508 ja 510. Trainer 2008, s. 50. Ilmeisesti IPRED:n johdanto-osan 17 kohdan erityispiirteiden huomioimisen mahdollisuus antaa kansalliselle soveltamiselle liikkumavaraa.

³⁴³ Mylly 2004, s. 175.

³⁴⁴ Norrgård 2006, s. 593. Tavaramerkkilakia koskeva uudistus on kuitenkin ollut eduskunnan käsiteltävänä.

³⁴⁵ Sorvari 2005, s. 451.

Haarmannin mukaan direktiivin 13(1) artiklan molemmat alakohdat olisi tullut implementoida sellaisinaan kansallisen ja EU-oikeudellisen lainsäädännön yhdenmukaisuuden varmistamiseksi.³⁴⁶

Haarmann on ollut oikeassa, koska IPRED 13(1) b artiklan kiinteä korvaus ei vastaa suoraan kotimaista käyttökorvauksena toimivaa hyvitystä. IPRED:n kiinteä korvaus on suoraan immateriaalioikeuden tahallisen tai tuottamuksellisen loukkaamisen perusteella maksettava vahingon näyttämisestä riippumaton vaihtoehtoinen vahingonkorvausmuoto, jossa otetaan huomioon sekä aiheutunut aineellinen että aineeton vahinko. Kotimainen hyvitys on puolestaan tuottamuksesta ja aiheutuneesta vahingosta riippumaton oikeudettoman käytön johdosta maksettava vahingonkorvauksellista ainesta sisältämätön korvaus, joka ei ota huomioon aiheutunutta taloudellista tai aineetonta vahinkoa.

Näin ollen kotimainen hyvitys ei vastaa IPRED 13(1) b artiklaa vaan ennemminkin IPRED 13(2) artiklassa jäsenvaltioille annettua mahdollisuutta säätää korvauksesta, joka ei riipu tuottamuksesta. Tällaisesta korvauksessa voidaan saman artiklan kohdan mukaan säätää esimerkiksi loukkausvoiton palauttamisena tai muuna ennalta määrättynä vahingonkorvauksena. Castrénin mukaan, IPRED 13(2) artiklaa ei ole implementoitu Suomessa, koska loukkausvoittojen palauttamisesta ei ole säädetty.³⁴⁷ Katson kuitenkin, että nykyinen immateriaalioikeudellinen hyvitys on tällainen IPRED 13(2) artiklan mukainen ennalta määritetty muu vahingonkorvaus, joka on jotain muuta kuin loukkausvoiton palauttamista.

Tällöin on selvää, että Suomessa ei ole IPRED 13(1) artiklan b kohtaa vastaavaa mahdollisuutta vaatia korvausta kaikesta aiheutuneesta vahingosta kiinteän korvauksen puitteissa. Kansallisesti ei ole sen vuoksi mahdollista vaatia vahingonkorvausta kaikesta aiheutuneesta vahingosta vaihtoehtoisesti joko IPRED 13(1) artiklan a kohdan tai IPRED 13(1) artiklan b kohdan perusteella. Katson, että direktiivi tulisi siten implementoida täsmällisemmin.³⁴⁸ Täsmällisempään voimaan saattamiseen kuuluisi vaihtoehtoisesta IPRED 13(1) artiklan b kohdan mukaisesta kiinteästä vahingonkorvauksen määräytymistavasta säätäminen ja hyvityksen mieltäminen IPRED 13(2) artiklan mukaiseksi korvaukseksi, jota maksetaan tuottamuksesta riippumatta.

³⁴⁶ Haarmaann 2005b, s. 62.

³⁴⁷ Castrén 2015, s. 142.

³⁴⁸ Liffers C-99/15 ratkaisun virheellinen käännösversio on voinut johtua nimenomaan siitä, että Suomessa hyvitys on niin erilainen kuin EU-oikeuden vahingonkorvausoikeudellinen kiinteä korvaus.

7. IMMATERIAALIOIKEUDELLISEN VAHINGONKORVAUKSEN RANGAISTUSLUONTEISUUS

7.1 Yleistä rangaistusluonteisista seuraamuksista

7.1.1 Rangaistuluonteisuuden määritelmä ja kansallinen suhtautuminen

Rangaistus sisältää aina tekijään kohdistuvan moitteen, minkä vuoksi sen tarkoituksena on aiheuttaa lainrikkajalle jonkinlaista kärsimystä menettelyn paheksuttavuuden korostamiseksi.³⁴⁹ Rangaistusluonteinen vahingonkorvaus mahdollistaa sen, että vahingonkärsinyt osapuoli voi vaatia hänelle todellisuudessa aiheutunutta vahinkoa suurempaa korvausta. Rangaistusluonteinen korvaus ei siten perustu aiheutuneeseen vahinkoon, vaan vahingonaiheuttaneen tuottamukselliseksi osoittautuneeseen menettelyyn. Olennaista on loukkaajan ryhtyminen moitittavaan ja paheksuttavaan toimintaan, minkä vuoksi tätä on pidettävä syyllisenä vahingon aiheutumiseen.³⁵⁰ Rangaistusluonteisten korvausten yhteydessä tuomioistuimet ottavat huomioon vastaajan teon luonteen, kantajalle aiheutuneen vahingon luonteen ja laajuuden sekä vastaajan varallisuuden.³⁵¹ Tällaisen seuraamuksen on tarkoitus toimia samaan aikaan rangaistuksena, pelotevaikutuksena ja kompensaatina kärsitystä vahingosta,³⁵² mikä muistuttaa läheisesti rikosoikeudellisen rangaistuksen tehtäviä.³⁵³ Tämä on kuitenkin vastoin yleisen vahingonkorvausoikeuden täyden korvauksen periaatteen rikastumiskieltoa, joka määrittelee vahingonkorvauksen ylärajan. Koska rikastumiskielto estää oikeudenhaltijan rikastumisen, ei Suomessa ole sovellettu edellä kuvattuja rangaistusluonteisia seuraamuksia vahingonkorvauksen yhteydessä.

Rikos- ja vahingonkorvausoikeuden suhteeseen liittyy mielenkiintoinen kysymys siitä, milloin vahingonkorvausta on pidettävä riittämättömänä seurauksena moitittavasta toiminnasta. Keskeistä on, että vahingonkorvaus ei liity tapahtumiin, jotka eivät ole aiheuttaneet todellista vahinkoa. On myös olemassa tilanteita, joissa vahingonkorvaus jää puutteelliseksi täyden korvauksen periaatteen seuraamisen mahdottomuuden vuoksi. Lisäksi joissakin tapauksissa ei ole yksinkertaisesti perusteltua pitää pelkkää vahingonkorvausta riittävänä seuraamuksena sen heikon pelotevaikutuksen vuoksi.³⁵⁴

³⁴⁹ Lappi-Seppälä 2000, s. 1-3.

³⁵⁰ Saarnilehto 2007, s. 22.

³⁵¹ Avraham 2018, s. 229.

³⁵² Fei 2003, s. 20. Yhdysvalloissa tuomittu vahingonkorvaus on saattanut olla jopa kymmenkertainen suhteessa todelliseen vahinkoon, ks. Honka 1995.

³⁵³ Frände 2012, s. 23-25. Taloustieteen näkökulmasta vahinkona pidetään toisen henkilön hyötytasoa alentavaa tapahtumaa. Kun vahingonaiheuttajan varallisuus ei riitä kattamaan aiheutettua vahinkoa, rikosoikeudellinen vastuu ja rangaistusluonteiset seuraamukset muodostuvat tärkeiksi, ks. Määttä 2006 s. 151 ja 156-157.

³⁵⁴ Määttä 2006, s. 184-185.

Rangaistusluonteisten vahingonkorvausten on monesti väitetty olevan arvaamattomia ja suuren harkintamarginaalin sisältäviä korvauksia, jotka eivät sovi perinteiseen vahingonkorvaukseen lainkaan.³⁵⁵ Oikeusministeriö on myös todennut seuraavaa: ”Suomen lainsäädäntö ei tunne rangaistuksen luonteisia korvauksia tai rikosoikeudellisena seuraamuksena toimivaa omaisuuden palauttamista. Meillä lähtökohtana on, että rangaistus ja uhrille maksettava korvaus on erotettava toisistaan: rangaistus on valtion toimesta tekijälle määrättävä seuraamus hänen tekemästään rikoksesta, kun taas korvauksen tarkoituksena on saattaa uhri siihen asemaan, jossa hän oli ennen rikoksen tapahtumista.”³⁵⁶ On myös katsottu edellistä lievemmin, että Suomen oikeusjärjestyksen vastaisina voidaan pitää esimerkiksi ankaria rangaistusluonteisia vahingonkorvauksia³⁵⁷ varsinkin liian pitkälle vietyinä, jolloin niitä ei voida enää rinnastaa sopimussakkoon.³⁵⁸

Tässä kappaleessa tarkastellaan kansallisia seuraamuksia, jotka ovat jo nyt varsin rangaistusluonteisia. Tarkastelu aloitetaan hallinnollisista sanktioista, jotka ovat valtion roolin vuoksi lähimpänä rikosoikeudellisia rangaistuksia. Hallinnollisista sanktioista siirrytään yleisiin hyvityskorvauksiin, jotka liittyvät vahvasti oikeudenmukaisuuden toteuttamiseen. Viimeseksi huomioidaan sopimussakon ja vahingonkorvausoikeudellisen kärsimyksen rangaistusluonteiset piirteet.

7.1.2 Hallinnolliset sanktiot

Ensimmäisenä esimerkkinä rangaistusluonteisista seuraamuksista voidaan mainita valtiolle maksettava monikertainen korvaus.³⁵⁹ Perusteena korvauksen maksamiselle on aina erityislain velvollisuuksien noudattamatta jättäminen. Esimerkiksi laissa polttoainemaksusta (10 §) säädetään seuraavaa: ”Jos 5 §:n 3 momentissa tarkoitettua ilmoitusta viranomaiselle ei ole tehty, polttoainemaksua korotetaan *enintään 30 prosentilla*. Polttoainemaksua voidaan lisäksi korottaa: 1) *enintään 50 prosentilla*, jos polttoainemaksun aiheuttavan polttoaineen käyttö toistuu; tai 2) *enintään kaksinkertaiseksi*, jos polttoainemaksun aiheuttavan polttoaineen käyttö on erityisen törkeää.”³⁶⁰ Törkeysarvioinnissa huomioidaan toiminnan suunnitelmallisuus, erityisen suuren taloudellisen edun

³⁵⁵ Saarnilehto 2007, s. 23. Routamo epäilee, että rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen romantisoitu ideologia on omaksuttu suoraan Yhdysvalloista peräisin olevista televisiosarjoista, ks. Routamo 2005, s. 336.

³⁵⁶ Valtioneuvoston kirjelmä U 24/2000 vp, s. 4.

³⁵⁷ HE 70/2008 vp, s. 53. Esityksen kohta liittyy ehdottomuusperiaatteeseen (ordre public) täytäntöön pantaessa ulkomaista tuomiota, joka on ristiriidassa kansallisen, aineellisen oikeuden kanssa. U 32/2003 vp, s. 10.

³⁵⁸ Ovaska 2007, s. 60.

³⁵⁹ Saarnilehto 2007, s. 21-22.

³⁶⁰ Säännöksen rakenteessa näkyy sanktion sidonnaisuus moitittavuuden kasvuun: laiminlyönti, toistuvuus ja erityinen törkeys.

tai kilpailuaseman hankkiminen liiketoiminnan yhteydessä sekä toiminnan laajuus ja kesto, mikä korostaa järjestelmän sanktioluonnetta.³⁶¹

Myös liikennevakuutuslain 28 §:n mukaan se, joka on laiminlyönyt vakuuttamisvelvollisuutensa, on velvollinen maksamaan laiminlyöntimaksun, joka on *enintään kolme kertaa* vakuutusmaksua vastaavan maksun suuruinen. Laiminlyöntimaksun korotuskerrointa määrättäessä otetaan huomioon laiminlyöntiajan pituus, laiminlyönnin tahallisuus ja toistuvuus sekä se, onko ajoneuvoa käytetty liikenteessä.³⁶² Lain 29 §:n mukaan Liikennevakuutuskeskuksen katsoessa, että ajoneuvon omistaja tai haltija on laiminlyönyt vakuuttamisvelvollisuutensa, sen on tehtävä esitys Valtiokonttorille vakuutusmaksua vastaavan maksun ja laiminlyöntimaksun määräämisestä. Sen jälkeen Valtiokonttori määrää mainitut maksut sekä velvoittaa vakuuttamisvelvollisuutensa laiminlyöneen ajoneuvon omistajan tai haltijan maksamaan maksut Liikennevakuutuskeskukselle.

Molemmissa seuraamuksissa arviointi keskittyy merkittävästi oikeudettomaan toimintaan ja sen törkeyteen. Törkeysarviointissa huomioitavat seikat perustelevat siten suuremman sanktion määräämistä oikeudettomasti toimineelle. Olennaista on, että määrättävä seuraamus ylittää määrältään lain mukaisen normaalimaksun. Hallinnolliset sanktiot eroavat kuitenkin rangaistusluonteisesta vahingonkorvauksesta, koska ne määrätään maksettavaksi valtiolle eikä oikeudenhaltijalle. Siitä huolimatta ne ovat osoitus eräänlaisesta poikkeamisesta seuraamusten neutraaliudesta, minkä tarkoituksena on valtion edun toteutumisen turvaaminen. Jo nyt voidaan todeta, että näiden sanktioiden törkeysarviointi muistuttaa immateriaalioikeudellisen hyvityksen arviointia.

7.1.3 Yleiset hyvityskorvaukset

Yleisillä hyvityskorvauksilla tarkoitetaan tässä kohtaa tasa-arvolain, yhdenvertaisuuslain ja työsopimuslain perusteella tuomittavia hyvityksiä. Hyvityksen perusteena käytetään vahingonaiheuttajan oikeudetonta menettelyä eli loukkaavaan toimintaan ryhtymistä. Näin ollen hyvitys ei ole suoraan verrattavissa aiheutuneen vahingon suuruuteen. Yhteyden puuttuminen johtaa siihen, että vahingon syntymisellä ei ole merkitystä hyvitysvelvollisuuden syntymisen kannalta. Sen vuoksi hyvitystä maksetaan myös ilman syntynyttä vahinkoa tai hyvitys voi olla muissakin tapauksissa vahinkoa suurempi. Kotimainen käytäntö eroaa yhdysvaltalaisesta vastaavasta kuitenkin siten, että hyvityksen maksamisen tulee perustua aina tiettyyn erityislakiin, minkä vuoksi kansallisesti

³⁶¹ HE 112/2003 vp, s. 24.

³⁶² HE 123/2015 vp, s. 74. Ks. myös laki verotusmenettelystä 32 §, jossa säädetään veronkorotuksesta.

ei voida puhua mistään rangaistusluonteisen korvauksen periaatteesta.³⁶³ Hyvityksen saajana ei ole kuitenkaan aina valtio, vaan vahingonkärsijä, minkä vuoksi hyvitys muistuttaa vahingonkorvausta. Hyvitysvelvollisuus ei perustu tavanomaisen vahingonkorvauksen tapaan aiheutuneeseen vahinkoon, vaan oikeudellisten säännösten rikkomiseen.³⁶⁴

EUT on tunnustanut rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen tietyissä syrjintään (C-407/14)³⁶⁵ liittyvissä tapauksissa. Ensinnäkin direktiivin 2006/54/EY (tasa-arvodirektiivi)³⁶⁶ 18 artiklassa säädetään korvauksesta ja hyvityksestä seuraavasti:

”Jäsenvaltioiden on otettava kansallisessa oikeusjärjestyksessään käyttöön tarvittavat toimenpiteet, joilla varmistetaan tosiasiallinen ja tehokas korvaus tai, jos jäsenvaltiot niin päättävät, *hyvitys sukupuoleen perustuvan syrjinnän kohteeksi joutuneelle henkilölle aiheutuneista menetyksistä ja vahingoista tavalla, joka on varoittava ja oikeasuhteinen* kärsittyyn vahinkoon nähden. Tällaiselle korvaukselle tai hyvitykselle *ei voida ennalta vahvistaa enimmäismäärää*, muutoin kuin tapauksissa, joissa työnantaja pystyy näyttämään, että hakija on kärsinyt tässä direktiivissä tarkoitetun syrjinnän johdosta vahinkoa ainoastaan siitä, että hänen työhakemustaan ei ole otettu huomioon.”

Direktiivin 25 artiklassa vahvistetaan, että seuraamuksella voidaan tarkoittaa esimerkiksi korvausta uhrille: ”Seuraamusten, joihin saattaa kuulua korvausten maksaminen uhrille, on oltava tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia.”³⁶⁷ Myös tasa-arvodirektiivi on vain minimidirektiivi, koska sen 27 artiklan mukaan jäsenvaltiot voivat ottaa käyttöön tai pitää voimassa säännöksiä, jotka ovat tasa-arvoisen kohtelun periaatteen turvaamiseksi edullisempia kuin tämän direktiivin säännökset.

Tapauksessa C-407/14 ennakkokysymys koski varoittavuuden tulkintaa ja erityisesti sitä, antaako direktiivi kansalliselle tuomioistuimelle mahdollisuuden määrätä seuraamusluonteisia korvauksia, vaikka kansallinen traditio ei tunne niitä. Ensinnäkin EUT:n mukaan direktiivissä määriteltyjen toimien tulee olla sellaisia, että niillä varmistetaan todellinen ja tehokas oikeusturva ja että niillä todella on työnantajaan varoittava vaikutus. EUT myös huomauttaa, että vahingonkorvausta on

³⁶³ Saarnilehto 2007, s. 22. Erityislailla on kuitenkin mahdollista säätää rangaistusluonteisesta korvauksesta, ks. Sorvari 2005, s. 452.

³⁶⁴ Saarnilehto 2007, s. 20.

³⁶⁵ C-407/14 María Auxiliadora Arjona Camacho vastaan Securitas Seguridad España SA.

³⁶⁶ EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI 2006/54/EY, annettu 5 päivänä heinäkuuta 2006, miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa.

³⁶⁷ Tämä toteamus muistuttaa hyvin paljon IPRED:n asettamia vaatimuksia oikeussuojakeinojen tehokkuudesta ja varoittavuudesta.

pidettävä ”seuraamuksena”. Näin ollen tasa-arvodirektiivin 18 artiklassa säädetään, että direktiivin vastaisesta toiminnasta uhrille määrätään korvaus.

Tämän lisäksi 25 artikla mahdollistaa sen, että syrjintä sanktioidaan uhrille maksettavan korvauksen muodossa, mikä tarkoittaa kokonaisuutena sitä, että direktiivin perustella jäsenvaltiot voivat määrätä seuraamusluonteisia vahingonkorvauksia. Jäsenvaltiot saavat lisäksi itse vahvistaa sisäisessä oikeusjärjestyksessään perusteet seuraamuksen ulottuvuuden määrittämiseksi, kunhan vastaavuus- ja tehokkuusperiaatetta noudatetaan.³⁶⁸

Kansallisesti on valittu käyttöön tasa-arvodirektiivin perusteella hyvitys sukupuoleen perustuvan syrjinnän sanktioimiseksi. Hyvityksestä säädetään laissa naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta. Lain 11 §:n mukaan hyvityksenä on aina maksettava vähintään 3 240 euroa. Lisäksi loukatulla on mahdollisuus vaatia korvausta taloudellisesta vahingosta vahingonkorvauslain tai muun lain mukaan hyvityksen sitä estämättä.³⁶⁹ Hyvityksen suuruutta määrittäessä otetaan sitä lisäävänä seikkana huomioon loukkauksen törkeys sekä syrjityn menetykset ja kärsimykset. Suomi on joutunut luopumaan komission huomautuksen vuoksi aikaisemmasta käytännöstä, jossa korvaukselle vahvistettiin enimmäismäärä.³⁷⁰

Myös yhdenvertaisuuslain (YVL) 23 §:n mukaan syrjinnän tai vastatoimien kohteeksi joutuneella on oikeus saada hyvitys siltä viranomaiselta, työnantajalta tai koulutuksen järjestäjältä taikka tavaroiden tai palveluiden tarjoajalta, joka on tämän lain vastaisesti syrjinyt häntä tai kohdistanut häneen vastatoimia. Hyvityksen saaminen ei kuitenkaan estä saamasta korvausta vahingonkorvauslain tai muun lain mukaan. Lisäksi YVL:n 24 §:n mukaan hyvityksen tulee olla oikeudenmukaisessa suhteessa teon vakavuuteen. Teon vakavuutta puolestaan arvioidaan ottamalla huomioon rikkomuksen laatu, laajuus ja kesto.

Syrjinnän vuoksi tuomittavassa hyvityksessä ei ole ensinnäkään kysymys vahingonkorvauksesta, koska se ei ole riippuvainen vahingon suuruudesta tai sen aiheutumisesta. Tavoitteena on ainoastaan hyvittää loukkaus, joka on kohdistunut syrjittyyn henkilöön. Loukkaus on aiheuttanut aineetonta

³⁶⁸ C-407/14 kohdat 31-44. Myös Puolan hallitus oli käyttänyt kyseistä tapausta esimerkkinä rangaistusluonteisten vahingonkorvauksien oikeasuhtaisuudesta asiassa C-367/15. Julkisasiamies ei ollut kuitenkaan nähnyt yhtäläisyyksiä tapausten välillä, ks. Eleanor Sharpston 24 päivänä marraskuuta 2016 asiassa C-367/15 kohdat 45-46.

³⁶⁹ Mahdollisuus saada vahingonkorvausta hyvityksen lisäksi tekee seuraamuksesta rangaistusluonteisen, ks. Viljanen 2008, s. 500.

³⁷⁰ HE 90/1994 vp, s.20. Komission mukaan enimmäismäärän mukainen hyvityssanktio ei välttämättä olisi varoittava työnantajalle, vaikka tapausta sinänsä voitaisiin pitää tavanomaisena eikä erityisen vakavana, ks. HE 44/2009 s. 5. Tämän lisäksi myös työehtosopimuslain 7 ja 9 §:ssä säädetään samantapaisista hyvitysmaksuista, jotka suoritetaan suoraan loukatulle osapuolelle.

vahinkoa loukatulle ja hyvitys kohdistuu nimenomaan kyseisen aineettoman vahingon hyvittämiseen. Hyvitysvelvollisuus ei ole myöskään riippuvainen loukkaajan tahallisuudesta tai tuottamuksesta.³⁷¹

Lisäksi Työsopimuslain 12 luvun 2 § koskee työsopimuksen perusteettomasta päättämisestä maksettavaa korvausta työntekijälle: ”Yksinomaaisena korvauksena on suoritettava *vähintään kolmen ja enintään 24 kuukauden palkka.*” Merkittävää korvauksen maksamisen perusteissa on se, että korvaus vastaa aina vähintään kolmen kuukauden palkkaa riippumatta työntekijälle aiheutuneesta vahingosta. Lisäksi korvauksen suuruuteen vaikuttaa tapauksen erityispiirteet kuten työsuhteen kesto, työntekijän ikä ja hänen mahdollisuutensa saada koulutustaan vastaava työtä. Erityispiirteiden vuoksi korvaus voi olla hyvinkin kolmen kuukauden palkkaa suurempi.³⁷² Olennaista on, että kyseessä on kokonaishyvitys, jossa otetaan huomioon työsuhteen päättymisestä aiheutuva taloudellinen vahinko sekä toisaalta korvaus perusteettomaan päättämiseen liittyvästä aineettomasta vahingosta, joka ilmenee perusteettomana koetun toimen loukkaavuutena.³⁷³ Hyvityksessä hylätään näin ollen vahingonkorvausoikeudelle tyypillinen differenssioppi ja painotetaan enemmän preventiotehtävää.³⁷⁴

Ensinnäkin edellä mainittujen hyvityskorvausten arviointiin vaikuttavat seikat muistuttavat immateriaalioikeudellisen hyvityksen arviointia. Erona on kuitenkin se, että immateriaalioikeudellinen hyvitys ei kata korvausta aiheutuneesta aineettomasta vahingosta tai käyttöhyvityksen ylittävästä taloudellisesta vahingosta. Katson, että yleiset hyvityskorvaukset muistuttavat siten myös enemmän IPRED 13(1) b kohdan vahingonkorvausta, jonka arvioinnissa on myös mahdollista ottaa huomioon aineeton ja taloudellinen vahinko. Näin ollen yleiset hyvityskorvaukset muistuttavat immateriaalioikeudellista hyvitystä vain arvioinnin ja tuottamuksesta riippumattomuuden osalta.

Nähdäkseni hyvityskorvauksilla on merkitystä myös immateriaalioikeudellisen rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen suhteen ensinnäkin sitä kautta, että sekä immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta että tasa-arvodirektiivin korvausta koskevat varoittavuuden ja oikeasuhtaisuuden vaatimukset. Tämän lisäksi korvaus maksetaan loukatulle uhrille eikä esimerkiksi valtiolle. Tämän vuoksi korvausta on pidettävä yksityisoikeudellisena eikä esimerkiksi hallinnollisena seuraamuksena

³⁷¹ Valkonen & Koskinen 2018, s. 566-567. HE 19/2014, s. 89.

³⁷² Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 53. Saarnilehto 2007, s. 21. Myös luonnonsuojelulain 59 § ja kilpailunrajoituslain 7 § velvoittavat maksamaan korvausta, mutta korvauksen saajana on valtio. Samaan kategoriaan kuuluvat myös hallinnolliset seuraamukset kuten veronkorotukset ja muut sanktiot.

³⁷³ HE 19/2004, s. 126.

³⁷⁴ Tapio 2014, s. 368.

tai muuna valtion perimänä rangaistusluonteisena maksuna.³⁷⁵ Lopulta kyse on preventiovaikutuksen korostumisesta hyvityskorvausten yhteydessä.

7.1.4 Sopimussakko

Sopimusrikkomuksesta seuraa yleensä vahingonkorvausvelvollisuus, joka koskee sopimuksen rikkonutta osapuolta suoraan sopimuksen ehtojen perusteella. Vahingonkorvausvelvollisuus ei voi kuitenkaan ajankohtaistua, ellei toiselle osapuolelle aiheudu vahinkoa rikkomuksesta. Sopimussuhteen rikkomisesta aiheutunutta vahinkoa on kuitenkin vaikea näyttää toteen varsinkin sen määrän osalta. Toisaalta myös vahingon aiheutuminen yleensäkin voi olla epävarmaa. Tällöin on kannattavaa sopia sopimussakosta, joka seuraa suoraan sopimusrikkomuksen perusteella. Sopimussakon maksamisen ei ole riippuvainen toiselle sopimusosapuolelle aiheutuneesta todellisesta vahingosta. Vaikka olisi varmaa, ettei rikkomuksesta ole aiheutunut vahinkoa, sopimussakkoa suoritetaan yleensä silti. Sopimussakosta on mahdollista sopia myös viivästyssakon muodossa, jolloin viivästynyt osapuolen sakon määrä perustuu suorituksen viivästymisen keston. Huomattavaa on, että sopimussakon estämättä on mahdollista hakea korvausta sen ylittävältä osalta myös yleisen vahingonkorvauksen kautta. Tämä ei ole kuitenkaan mahdollista, jos vahingonkorvauksesta on sovittu muuta.³⁷⁶

Sopimussakko on tyypillinen toimeksiantosopimuksen ja erilaisten salassapitosopimusten tai muiden kieltosopimusten (esim. kilpailukiello) yhteydessä. Jos sopimussakko perustuu viivästykseen, sen suuruus riippuu viivästyspäivien lukumäärästä. Sopimussakolla on kuitenkin yleensä tietty maksimi, jonka ylittyessä sopimus on purettavissa. Sen sijaan toiminnanvapautta rajoittavien sopimusten kohdalla sopimussakko on yleensä kiinteäkorvaus, joka on sillä tavoin varoittava, että sopimusvelvollisuuksia ei rikottaisi. Varoittavuutta lisää sopimuksen ehto siitä, että sopimussakkoa on maksettava jokaisen rikkomuksen kohdalla erikseen. Toisaalta voidaan myös sopia, että sopimussakko on korvaus kaikesta vahingosta viivästyksen yhteydessä, jolloin mahdollisesti sopimussakon ylittävä vahinko jää kompensoimatta loukatulle sopijapuolelle.³⁷⁷

Hemmo ja Hoppu katsovat kuitenkin, että sopimussakko ei ole missään tapauksessa lainkaan rangaistusseuraamukseen kuten sakkoon rinnastuva seuraamus. Sen sijaan sillä tarkoitetaan

³⁷⁵ Julkisasiamies on pitänyt tärkeänä ratkaisuehdotuksessaan Paolo Mengozzi 3 päivänä syyskuuta 2015 asiassa C-407/14 kohdat 50-52, että selvitetään, kuka tai ketkä ovat rangaistusluonteisten vahingonkorvausten saajia, jos ei ole säädetty, että mainitut korvaukset maksetaan valtiolle. Lisäksi julkisasiamies katsoi, että nykyinen vastuujärjestelmä ei ole täyttänyt riittävän järjestelmällisesti hyvitystehtäväänsä, minkä vuoksi seuraamusluonteinen vahingonkorvaus yhdenmukaistaisi EU:ssa noudatettavia käytäntöjä. Vahingonkorvauksen saajan merkitystä ei ole aina otettu huomioon oikeuskirjallisuudessa, ks. esimerkiksi Laaksonen 2016, s. 14-19.

³⁷⁶ Hemmo & Hoppu 2018, kappale 7: Vahingonkorvaus ja sopimussakko ja kappale 8: Sopimussakko.

³⁷⁷ Hemmo & Hoppu 2018, kappale 7: Vahingonkorvaus ja sopimussakko.

yksityisoikeudellista ennakolta vahvistettua hyvitystä, jota maksetaan sopimuksen rikkomisen seuraamuksena. Edelleen rikosoikeudella ei ole sijaa lainkaan yksityisoikeuden puolella kuin välillisesti silloin, jos sopimusrikkomus olisi samalla myös rikos. Hemmo ja Hoppu myös katsovat, että sopimussakon tavoitteet ovat täysin erilaiset kuin rikosoikeudellisten seuraamusten tavoitteet.³⁷⁸ Toteamus vaikuttaa kuitenkin ristiriitaiselta. Jos sopimussakon ainoa tehtävä on hyvittää loukattua osapuolta ilman rangaistusluonteisuutta, miksi sen määrä voi ylittää todellisen vahingon määrän?

Sopimussakko voidaan sopia edellä todetusti varoittavaksi seuraamukseksi, jolla on ennalta ehkäisevä tarkoitus. Sopimussakko helpottaa loukattua sopijaosapuolta, koska hänen ei tarvitse näyttää vahinkoa määrältään toteen, vaan sopimussakkoa maksetaan siitä riippumatta. Sopimussakko on siten suosiollinen loukattua osapuolta kohtaan vahingon näyttövelvollisuuden puuttumisen kautta. Tällöin sopimussakolla ei ole suoraa yhteyttä aiheutuneeseen vahinkoon, vaan ainoastaan osapuolen tekoon tai laiminlyöntiin (sopimusrikkomus), joka on ollut vastoin sopimuksen ehtoja. Sopimussakko on siten rangaistusluonteinen, koska se perustuu sopimusosapuolen sopimusrikkomusta tarkoittavaan menettelyyn. Sopimussakko muistuttaakin edellä käsiteltyjä yleisiä hyvityskorvauksia, jotka perustuvat myös oikeudellisten sääntöjen rikkomiseen ilman yhteyttä aiheutuneeseen vahinkoon.

Jos ajatellaan, että immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen voidaan soveltaa yleisen sopimusoikeuden periaatteita, rangaistusluonteiselle korvaukselle on mahdollista hakea tukea sopimussakon soveltamisesta.³⁷⁹ Sopimussakko ja sen määrä ovat osapuolten sovittavissa olevia seikkoja, jolloin voidaan sopia vapaasti sopimussakon suuruudesta. Toisaalta liian suuri sopimussakko voi muodostua kohtuuttomaksi jommankumman osapuolen kohdalla, jolloin sitä voidaan mahdollisesti sovitella. Kyse voi olla myös ankarasta sopimusehdosta, joka olisi pitänyt sopimusneuvotteluissa ottaa tarkemmin esille. Kuitenkin erityisesti negatiivisten velvoitteiden tehosteena toimiva kiinteämääräinen sopimussakko on hyvin rangaistusluonteinen, koska sen tavoitteena on vaikuttaa pelotteen uhalla sopijaosapuolen käyttäytymiseen (preventiovaikutus). Esimerkiksi salassapitosopimus tai kilpailukielto rajoittavat yksilön toimintavapautta ja ohjaavat häntä toimimaan tietyllä tavalla. Luultavasti tällaiset sopimukset ja ankarat ehdot saatavat myös toimia painostuskeinona.

Sopimussakon suorittaminen ei ole riippuvainen vahingosta tai sen määrästä, eikä vahinkoa ole välttämättä aiheutunut lainkaan. Tästä huolimatta sopimussakko maksetaan kokonaisuudessaan, mikä

³⁷⁸ Hemmo & Hoppu 2018, kappale 8: Sopimussakko.

³⁷⁹ Mielenkiintoista on se, että Eurooppalaisen Seurantakeskuksen selvityksessä on Suomen kohdalla mainittu, että immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen lisäksi tuomioistuimien voi määrätä sopimukseen perustuvia sakkoja, ks. OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 26-30.

on ainakin ristiriidassa vahingonkorvausoikeudessa vaikuttavan rikastumiskiellon kanssa. Jos tiedetään, että loukatun vahinko on sopimussakkoa alhaisempi tai vahinkoa ei ole aiheutunut lainkaan, sopimussakko saattaa loukatun osapuolen sopimusrikkomusta edeltänyttä tilannetta parempaan asemaan. Katson, että sopimussakko onkin hyväksyttävä seuraamus juuri samojen ongelmien takia, jotka estävät immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen tehokkaan soveltamisen. Sopimus ei olisi tehokas, jos sen rikkomisesta ei seuraisi sopimussakkoa. Sama koskee immateriaalioikeutta. Näin ollen rikastumiskiellosta luopumista immateriaalioikeudessa voidaan osaltaan perustella sopimussakkoa esimerkkinä käyttäen. Jos immateriaalioikeudellisen kiinteän rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen laskentaperuste olisi vahvistettu ennalta esimerkiksi sopimussakkoa vastaavalla tavalla, potentiaalinen loukkaaja tietäisi oikeudenvastaiseen toimintaa ryhtyessään sen mahdollisista seurauksista.

7.1.5 Vahingonkorvausoikeudellisen kärsimyskorvauksen rangaistusluonteisuus

Pohjimmiltaan myös vahingonkorvauslain 5 luvun 6 § kärsimyskorvaus on osaltaan edellä mainittujen hyvitysten kaltainen. Näyttää siltä, että kärsimyskorvaus määrätään hallituksen esityksen ja säännöksen erityispiirteet huomioivan tavan vuoksi maksettavaksi riippumatta aiheutuneesta vahingosta.³⁸⁰ Ensinnäkin kärsimyskorvauksen perusteena ja tavoitteena ovat henkilön itsetuntoon ja ihmisarvoon kohdistuneen loukkauksen hyvittäminen. Korvauksella voidaan nähdä olevan myös symbolinen merkitys sitä kautta, että yhteiskunta pitää kärsimyksen aiheuttamista moitittavana menettelynä. Sen vuoksi voidaan puhua myös moraalisesta hyvityksestä loukatulle. Kärsimyskorvauksen ei ole kuitenkaan tarkoitettu kattavan taloudellisia menetyksiä, eikä sen ole tarkoitus muodostua rangaistusluonteiseksi seuraamukseksi.³⁸¹

Kuitenkin loukkauksen laatu, loukkaajan asema sekä loukkaajan ja loukatun välinen suhde ovat loukkaustekoon keskittyviä arviointiperusteita, jotka vaikuttavat kärsimyskorvauksen suuruuteen. Tästä päätellen jo teon luonne riittää korvausvelvollisuuden syntymiseen eli tarkastelu keskittyy tekoon eikä niinkään sen aiheuttamaan vahinkoon. Ihmisarvon ja itsetunnon hyvittämisellä on siten vain keinotekoisesti yritetty poistaa kärsimyskorvauksen rangaistusluonteisuus, koska silloin korvaukselle saadaan vahingon hyvittämistarkoitus eli ”todellisen vahingon” kompensoiminen.³⁸²

Ei ole kuitenkaan selvää, että teon laatu, loukatun asema, loukkaajan ja loukatun suhde sekä loukkauksen julkisuus olisivat täysin objektiivisia perusteita. Sen lisäksi loukkauksen aiheuttaman kärsimyksen ”on omiaan” -arviointi yleistää kärsimyksen kokemuksen tyypilliseksi kärsimykseksi,

³⁸⁰ Ks. esim. Saarnilehto 2007, s. 22-23. HE 167/2003 vp.

³⁸¹ HE 167/2003 vp, s. 21-22.

³⁸² Viljanen 2008, s. 514 ja 516.

vaikka kärsimys on aina subjektiivinen ja vaihteleva kokemus.³⁸³ Lopputuloksena onkin subjektiivisen kärsimyskokemuksen sivuuttaminen ja keskittyminen loukkaajan teon moitittavuuteen ja paheksuttavuuteen.³⁸⁴ Erityisesti joukkoviestinnässä tehdyt kunnian- ja yksityiselämän loukkaukset ovat tuoneet mukaan rangaistusluonteisia arviointiperusteita kärsimyskorvauksen taustalle.³⁸⁵

Viime aikoina vahingonkorvausta on myös tarkasteltu yksittäistä vahinkotapahtumaa laajemmasta näkökulmasta. Vahingonkorvaukselle on annettu jopa tehtäviä toteuttaa oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa (esim. VahL:n isännänvastuu).³⁸⁶ On katsottu, että tärkeät oikeushyvät voivat sallia poikkeamisen kompensatiotehtävästä. Näitä oikeushyviä voisivat olla ympäristö, terveys ja sosiaaliset perusteet.³⁸⁷ Oikeudenmukaisuuden toteuttaminen näkyy myös siinä, että työsuhteeseen liittyvissä korvauksissa on huomioitu erityisesti työnantajan ja työntekijän väliseen suhteeseen liittyvät erityspiirteet. Samoin yleisissä hyvityksissä on huomioitu yhdenvertaisuuden ja tasa-arvon vahva perus- ja ihmisoikeusluonne. Lisäksi on katsottu tärkeäksi, että valtiolle suoritetaan kaikki laissa säädettyt maksut sanktion uhalla. Vaikuttaa siltä, että seuraamusten rangaistusluonteisuutta on voitu perustella heikomman suojaamisella, yhdenvertaisuudella ja valtiolle suoritettavien maksujen tehosteena. Tästä samasta oikeudenmukaisuudesta voi olla kyse myös immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa, jos loukkaaja velvoitettaisiin palauttamaan suoraan saamansa loukkausvoitto oikeudenhaltijalle. Oikeudenmukaisuus voisi siten olla peruste poiketa vahingonkorvausoikeudellisesta rikastumiskiellosta.

Viljanen ihmettelee, miksi vahingonkorvausoikeudellisen kärsimyskorvauksen rangaistusluonteisuutta ei voida tunnustaa Suomessa avoimesti ja myöntää sen olevan puhtaan arvorationaalinen. Sen sijaan hallituksen esityksestä lähtien sen tunnustaminen on yritetty välttää epäloogisilla päätelmillä. Syynä tähän on ainakin se, että kärsimyskorvaus ei voisi enää olla osa perinteistä vahingonkorvausoikeutta, jos sen rangaistusluonteisuus hyväksyttäisiin.³⁸⁸ Edelleen kärsimyskorvauksen määrä on nykyisin rajoittamaton, eikä sitä voida ennakolta arvioida ilman enimmäis- ja vähimmäismäärän asettamista.³⁸⁹

Vahingonkorvausoikeudellisen kärsimyksen korvaamisella on suurempi merkitys myös immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa, koska IPRED velvoittaa aineettoman vahingon

³⁸³ Viljanen 2008, s. 523 ja 525.

³⁸⁴ Viljanen 2008, s. 528.

³⁸⁵ Viljanen 2008, s. 491.

³⁸⁶ Saarnilehto 2007, s. 19.

³⁸⁷ Virtanen 2011, s. 35.

³⁸⁸ Viljanen 2008, s. 531 ja 533.

³⁸⁹ Viljanen 2008, s. 513.

korvaamiseen. Sen vuoksi immateriaalioikeudellinen rangaistusluonteisuus ei olisi välttämättä mitään uutta verrattuna jo olemassa olevaan vahingonkorvausoikeudelliseen kärsimyskorvaukseen.

7.1.6 Kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen rangaistusluonteisuus

Viimeisenä esimerkkinä muiden kuin immateriaalioikeudellisten seuraamusten rangaistusluonteisuudesta käsitellään kilpailunrajoittamisesta tuomittavaa vahingonkorvausta. Merkittävää on, että kilpailuoikeudessa on immateriaalioikeutta vastaavasti kyse yleisestä vahingonkorvausoikeudesta poikkeavasta erityislailla säännellystä vahingonkorvauksesta.

EUT:n ratkaisussa Manfredi ym. (C-295/04 – C-298/04)³⁹⁰ ennakkoratkaisukysymys koski tilannetta, jossa kartelliin osallistumisen avulla hankittu taloudellinen hyöty oli suurempi kuin loukatulle maksettu vahingonkorvaus. EUT otti siten tapauksessa kantaa siihen, voidaanko kartelliin osallistunut velvoittaa maksamaan loukatulle seuraamusluonteista vahingonkorvausta siten, että se olisi kartelliin osallistuneen saamaa taloudellista hyötyä suurempi. Tavoitteena tässä olisi vastaavien tapausten ennaltaehkäiseminen. Kyse oli siten kartelliin osallistuneen osapuolen saaman hyödyn ja loukatulle aiheutuneen vahingon suhteesta.

EUT:n mukaan olennaista on, että jokaisessa jäsenvaltiossa on määriteltävä korvattavan vahingon laajuus mukaan lukien mahdolliset rangaistus- tai seuraamusluonteiset vahingonkorvaukset vastaavuus- ja tehokkuusperiaatetta noudattaen. Tällöin kansallisten seuraamusten tulee olla käytössä myös yhteisön kilpailuoikeuden osalta. Toisaalta EUT:n aikaisemman oikeuskäytännön mukaan yhteisön oikeus ei estä kansallisia tuomioistuimia valvomasta sitä, ettei yhteisön oikeusjärjestyksessä taattujen oikeuksien suojaaminen johtaisi siihen, että oikeudenhaltijat saavat perusteetonta etua. Tässä tapauksessa vahinkoa kärsineiden henkilöiden ei ole voitava saada vaatia vahingon korvaamista pelkästään todellisesta vahingosta, vaan myös saamatta jääneestä voitosta, minkä lisäksi heidän on voitava vaatia korkojen maksamista. Näin ollen EUT salli rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen kilpailun rajoittamisesta aiheutuvana seuraamuksena.³⁹¹

³⁹⁰ Yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04: Vincenzo Manfredi (C-295/04) vastaan Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito (C-296/04) vastaan Fondiaria Sai SpA ja Nicolò Tricarico (C-297/04) ja Pasqualina Murgolo (C-298/04)

Vastaan Assitalia SpA. Asiaa kutsutaan usein ”Manfredi ym.”-tapaukseksi.

³⁹¹ Manfredi ym. Kohdat 95-100. Julkisasiamies toteaa ratkaisuehdotuksessaan L. A. Geelhoed 26 päivä tammikuuta 2006 asiassa Manfredi kohdissa 65-70, että yksityisoikeudellinen vahingonkorvausvaatimus voi sakon ohella tai itsenäisesti lisätä pelotevaikutusta. Vertailukohtana toimii Yhdysvaltojen kartellilainsäädännön kolminkertainen vahingonkorvaus. Tämän lisäksi yksi vihreässä kirjassa COM (2015) 672 mainituista mahdollisuuksista on kaksinkertaisen vahingonkorvauksen soveltaminen horisontaalisissa kartelleissa. Eleanor Sharpston on todennut edellä kuvatussa syrjintään liittyvässä ratkaisuehdotuksessaan kohdissa 41-42, että Manfredi-tapauksen jälkeen voimaan tullut direktiivi 2014/104/EU estää liiallisen vahingonkorvauksen. Vaatimus vaikuttaisi vastaavan IPRED:n oikeuksien väärinkäytön kieltoa.

Olennaista on, että EUT hyväksyi vahingonkorvauksen, joka perustui todelliseen vahinkoon, saamatta jääneeseen voittoon ja muihin kuluihin kuten korkoihin. Vaikka tällaista korvausta ei pidettäisi rangaistusluonteisena, jäsenvaltiot voivat joka tapauksessa säätää rangaistusluonteisista seuraamuksista vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteita noudattaen. Tasa-arvoon ja kilpailuoikeuteen liittyvät tapaukset osoittavat, että rangaistusluonteinen vahingonkorvaus ei ole täysin poikkeuksellista EU-oikeudessa. Katson, että molemmista tapauksista on apua tulkittaessa IPRED:n vahingonkorvausta koskevia säännöksiä. Immateriaalioikeus ei ole siten ainoa oikeudenala, jolla voisi olla tarvetta poiketa vahingonkorvausoikeudellisesta rikastumiskiellosta.

7.2 Vahingonkorvauksen rangaistusluonteisuuden hyväksyttävyys immateriaalioikeudessa

7.2.1 Moninkertaisen lisenssikorvauksen hyväksyttävyys

Merkittävin EUT:n immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta koskeva ratkaisu liittyy esimerkiksi moninkertaiseen lisenssiin perustuvaan kiinteään korvaukseen eli IPRED 13(1) artiklan b kohtaan. Edellä todetusti Suomessa sovellettava immateriaalioikeudellinen hyvitys ei vastaa kuitenkaan täysin kyseistä IPRED:n artiklaa, mikä on pidettävä mielessä tarkasteltaessa seuraavaa ratkaisua.

Ratkaisun EUT C-367/15³⁹² ennakkokysymys oli seuraavanlainen: ”Onko direktiivin [2004/48] 13 artiklan nojalla sallittua määrätä osapuolen vaatimuksesta kiinteä korvaus, jonka etukäteen vahvistettu määrä on asianmukainen maksu kaksinkertaisena tai kolminkertaisena,³⁹³ kun otetaan huomioon, että direktiivin johdanto-osan 26 perustelukappaleessa säädetään, ettei direktiivin tarkoituksena ole säätää rankaisevista korvauksista?”

EUT korostaa ensinnäkin, että TRIPS-sopimuksen 1 artiklan mukaan jäsenvaltiot voivat, ilman että niillä on tähän velvollisuutta, säätää kansallisessa lainsäädännössään sopimuksen edellyttämää laajemmasta suojasta edellyttäen, että sellainen suoja ei ole vastoin sopimuksen määräyksiä. Sama koskee myös Bernin ja Rooman yleissopimuksia. Koska edellä mainitut sopimukset ovat toimineet IPRED:n esikuvina on luonnollista, että myös IPRED:n ensimmäisessä artiklassa jäsenvaltioiden sallitaan säätävän keinoista, jotka ovat oikeudenhaltijoille edullisempia kuin IPRED:n asettamat vähimmäisvaatimukset. EUT toteaa myös, että IPRED:n johdanto-osan seitsemännen kohdan mukaan käsite ”keino” pitää sisällään myös vahingonkorvauksen laskemisen. Näin ollen direktiivin

³⁹² Stowarzyszenie ”Oławska Telewizja Kablowa” vastaan Stowarzyszenie Filmowców Polskich.

³⁹³ Puolan perustuslakituomioistuin on todennut moninkertaisen vahingonkorvauksen perustuslain vastaiseksi 23.6.2015, joten EUT ei ota ratkaisussa kantaa hypoteettiseen kysymykseen kolminkertaiseen rojaltiin perustuvasta korvauksesta. Ks. C-367/15 kohta 19. Toisaalta EUT olisi silti voinut ottaa kantaa asiaan oikeustilan selventämiseksi.

tarkoituksena on asettaa vain vähimmäissuojan taso ja IPRED 13(1) b ei estä kaksinkertaisen kuvitteellisen rojaltilin käyttämistä vahingonkorvauksen laskentatapana.³⁹⁴

EUT:n mukaan tulkintaa ei voida kyseenalaistaa sillä perusteella, että korvaus ei vastaa täysin tarkasti aiheutunutta vahinkoa, koska se on luonteenomaista kaikille kiinteämääräisille korvauksille. Katson, että EUT viittaa tässä juuri esimerkiksi edellä käsiteltyihin hallinnollisiin sanktioihin, kiinteään sopimussakkoon, työsuhteen päättämisestä maksettavaan korvaukseen tai yleisiin tasa-arvoon liittyviin hyvityskorvauksiin. Sen vuoksi IPRED 13(1) b kohta muistuttaa huomattavasti kyseisiä korvauksia luonteeltaan.

Myöskään IPRED:n johdanto-osan 26 kohta ei kyseenalaista tulkintaa, vaikka siinä todetaan, että direktiivillä ei ole tarkoitus säätää rangaistusluonteisesta vahingonkorvauksesta. Vaikka direktiivissä ei aseteta jäsenvaltioille velvollisuutta säätää rankaisevista korvauksista, se ei myöskään kiellä niiden säätämistä. Toisaalta EUT katsoo, että kaksinkertaiseen hypoteettiseen rojaltiin perustuvassa korvauksessa ei ole yleensä edes kyse rangaistusluonteisesta korvauksesta. Syynä tähän on se, että pelkkä hypoteettinen rojaltimaksu ei riitä kattamaan loukkauksesta aiheutuneita oikeudenloukkauksen tutkimus- ja tunnistamiskuluja eikä myöskään mahdollista aineetonta vahinkoa puhumattakaan korosta edellisille korvauserille. Näin ollen kaksinkertainen rojaltilin vastaa käytännössä suuruudeltaan normaalia täyden korvauksen perustein määräytyvää vahingonkorvausta.³⁹⁵

EUT ei kuitenkaan sulje pois mahdollisuutta, että kaksinkertainen rojaltilin voisi joskus olla niin selvästi ja huomattavasti vahinkoa suurempi, että sitä olisi pidettävänä oikeuksien väärinkäyttönä. Tähän liittyen on katsottu, että ennalta määritetyt yksinkertaisen lisenssikorvauksen ylittävät vahingonkorvaukset olisivat direktiivin vastaisia, koska silloin kyse olisi IPRED:n oikeuksien väärinkäytöstä.³⁹⁶ Tämä ei kuitenkaan pidä paikkaansa. Jotta kyseessä olisi oikeuksien väärinkäyttö, tuomioistuimen olisi tullut tuomita selvästi todellista vahinkoa suurempi korvaus tilanteessa, jossa vahinko on myös näytetty määrältään toteen. Sen sijaan tarkkaa vahingon määrää on mahdotonta arvioida täsmällisesti näyttövaikeuksien vuoksi, minkä takia voidaan usein olettaa, että todellinen vahinko on ollut näytettyä vahinkoa suurempi. Edelleen, jotta kyse voisi edes olla rangaistusluonteisesta korvauksesta, tuomioistuimen tulisi tietää todellisesti aiheutuneen vahingon

³⁹⁴ C-367/15 kohdat 22-25. EUT on tässä yhteydessä käyttänyt termiä kuvitteellinen rojaltilin, mikä vaikuttaisi viittaavan tapauksiin, joissa normaalirojaltilin ei ole tiedossa. Katson, että ratkaisu soveltuu kuitenkin kaikkiin IPRED 13(1) artiklan b kohdan soveltamistilanteisiin.

³⁹⁵ C-367/15 kohdat 26-30. On mielenkiintoista, että julkisasiamies päätyi ratkaisuehdotuksessaan (Eleanor Sharpston 24.11.2016, asia C-367/15) lopputulokseen, jonka mukaan kaksinkertaiseen rojaltiin perustuva korvaus ei olisi IPRED:n mukainen.

³⁹⁶ Mezei & Harkai 2017, s. 21-22.

määrä, mikä ei ole mahdollista tilanteissa, jossa näyttö on mahdotonta hankkia.³⁹⁷ Näin ollen yksinkertaisen lisenssimaksun ylittävä korvaus ei edes voi olla automaattisesti rangaistusluonteinen.

Komissio on myös tarkentanut tulkintaohjeissaan, että IPRED:n 13 artiklan ei ole tarkoitus velvoittaa jäsenvaltioita säätämään rangaistusluonteisesta vahingonkorvauksesta.³⁹⁸ Komissio kuitenkin katsoo, että kiinteän korvauksen ei tule rajoittua pelkästään yksinkertaisen rojaltin suuruiseen summaan ja tapauskohtaisesti voi olla hyvin tarvetta suuremmalle korvaukselle. Artiklan 13 sanamuoto ei myöskään estä tuomioistuimia määräämästä yksinkertaista rojaltia suurempia korvauksia. Tarkoituksenmukaista onkin huomioda kaikki loukkauksen tutkimisesta ja tunnistamisesta aiheutuneet kulut sekä aineettomasta haitasta aiheutuneet vahingot sekä edellä mainittujen korvauserien korot. Lisäksi komissio katsoi, että kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus sisältää jo nyt samankaltaisen harkintamarginaalin kuin edellä kuvatussa tulkintaohjeessa.³⁹⁹

Samat päätelmät eivät kuitenkaan suoraan sovellu kansallisesti sovellettavaan immateriaalioikeudelliseen hyvitykseen, koska sen on tarkoitus olla vain hyvitys immateriaalioikeuden oikeudettomasta käytöstä. Koska kotimainen hyvitys ei siten sisällä korvausta kaikesta aiheutuneesta vahingosta (taloudellinen, aineeton, selvityskulut ja korot), kaksinkertaiseen rojaltiin perustuva hyvitys muodostuu kansallisesti mahdollisesti rangaistusluonteisemmaksi kuin EUT ja komissio ovat tarkoittaneet. Tämä johtuu siitä, että kansallisesti kyseessä on tällöin kaksinkertaisen käyttökorvauksen maksaminen, jonka lisäksi voidaan vaatia korvausta kaikesta muusta vahingosta. Oikeudenhaltijalle maksettaisiin tässä tapauksessa kaksinkertainen käyttökorvaus ja mahdollisesti vahingonkorvausta muusta aiheutuneesta vahingosta. Jos kansallisen hyvityksen ajateltaisiin vastaavan IPRED 13(2) artiklaa, ei tällaista tulkintaristiriitaa muodostuisi. Nykyisessä muodossaan kaksinkertaiseen rojaltiin perustuva hyvitys olisi kuitenkin Suomessa rangaistusluonteinen, mikä ei välttämättä ole huono asia.

Preventio onkin yksi vahingonkorvauksen tehtävistä immateriaalioikeudessa. EUT:n mukaan syy-yhteyttä ei voida myöskään tulkita immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa niin tiukasti, että oikeudenhaltijan tulisi esittää loukkauksen syy-yhteys sekä vahinkoon ja sen täsmälliseen määrään nähden. Näin ollen oikeudenhaltijan ei tarvitse näyttää todellista vahinkoa toteen kaksinkertaisen rojaltin yhteydessä.⁴⁰⁰ Rangaistusluonteinen vahingonkorvaus tekisi oikeudenkäynnin kannattavammaksi oikeudenhaltijoille, mikä varmistaisi, ettei oikeudettomasta

³⁹⁷ Johansson & Schröder 2017, <http://ipkitten.blogspot.com/2017/02/the-enforcement-directive-permits.html>.

³⁹⁸ COM(2017) 708 final, s. 4.

³⁹⁹ COM(2017) 708 final, s. 5.

⁴⁰⁰ C-367/15 kohdat 31-32.

toiminnasta jäisi loukkaajalle hyötyä. Samalla ne toteuttaisivat preventiotehtävää toimimalla varoituksena potentiaalisille loukkaajille ja parantaisivat sanktiovarmuutta immateriaalioikeudessa.⁴⁰¹ Tätä perustelee myös IPRED:n 3 artiklan vaatimukset kansallisten oikeussuojakeinojen tehokkuudesta ja varoittavuudesta.

7.2.2 Monikertaiset korvaukset EU-jäsenvaltioissa

EUT:n antama ratkaisu monikertaisesta lisenssikorvauksesta on kuitenkin vastannut jo olemassa olevaa oikeustilaa monessa EU-jäsenvaltiossa. European Observatory on Counterfeiting and Piracy ja OHIM ovat selvittäneet yhteistyössä jäsenvaltioiden lainsäädäntöä liittyen immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen.⁴⁰² Selvityksessä on kartoitettu erityisesti jäsenvaltioissa sovellettavia parhaita käytäntöjä, joiden pohjalta on esitetty harmonisointiehdotuksia.⁴⁰³ Tässä käsitellään lyhyesti näitä erityyppisiä immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen järjestämistapoja rangaistusluonteisuuden näkökulmasta.

Ensinnäkin immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa sovelletaan laskentatapoja, jotka perustuvat kaksinkertaiseen lisenssimaksuun. Kaksinkertainen lisenssimaksu on niissä yleensä mahdollinen vain tahallisen tai törkeän tuottamuksen loukkausten osalta (Itävalta, Kroatia, Tshekki ja Liettua). On myös mahdollista, että kaksinkertainen korvaus on joissain maissa mahdollinen vain tahallisten loukkausten yhteydessä (Slovenia) tai tahallisuuteen ei ole otettu kantaa (Kreikka). Lisäksi on mielenkiintoista, että edellä mainituista valtioista Kroatia, Kreikka ja Slovenia soveltavat kaksinkertaista lisenssimaksua vain tekijänoikeusloukkausten kohdalla.⁴⁰⁴ Rangaistusluonteisuus näkyy siinä, että kaksinkertaiseen lisenssiin perustuva kiinteä korvaus soveltuu vain tahallisten ja törkeiden loukkausten kohdalla (törkeysarviointi). Soveltamisalan rajaaminen tekijänoikeuteen näyttää korostavan tekijänoikeuteen liittyviä rangaistusluonteisia piirteitä. Kansallisesti niihin kuuluu ainakin tekijälle aiheutuneen kärsimyksen korvaaminen.

⁴⁰¹ Oikeudenloukkaajien suuri määrä vähentää seuraamusten ennakoitavuutta ja yhdenvertaisuutta. Kansainvälinen normisto ei oikeuta siihen, että siviili- ja rikosseuraamukset yhdessä johtaisivat laillisuusperiaatteen vastaiseen tilanteeseen seuraamusten ennakoimattomuuden kautta, ks. Huttunen 2007, s. 39-41. Edelleen seuraamuksiin tulisi liittyä sanktiovarmuus eli rikollisesta toiminnasta tulisi seurata aina rangaistus. Harvat ja sattumanvaraiset rangaistukset murentavat järjestelmän tehokkuutta ja samalla pelotevaikutuksen merkitystä, ks. Frände 2012, s. 23-25.

⁴⁰² European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, damages.

OHIM, Observatory update on Costs and Damages:

https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/publications/Observatory+update+on+costs+and+damages.pdf.

Todetaan selvennyksen vuoksi, että vuoden 2010 selvitystä on päivitetty lainsäädäntöjen osalta OHIM:n (nykyisin EUIPO) alaisuudessa.

⁴⁰³ Myllyn mukaan ei ole perusteltua valita jäsenvaltioissa sovelletuista käytännöistä tehokkainta vaan muutkin näkökohdat tulisi huomioida, ks. Mylly 2004, s. 161.

⁴⁰⁴ OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s.26-30. Selvityksestä poiketen myös Puolassa sovelletaan nykyisin vain kaksinkertaiseen lisenssimaksuun perustuvaa korvausta. Ks. C-367/15 kohta 19.

Toiseksi jäsenvaltioissa sovelletaan laskentatapoja, joissa vahingonkorvaus perustuu kolminkertaiseen lisenssimaksuun. Romania sallii tekijänoikeuden ja sen lähioikeuksien kohdalla kolminkertaiseen lisenssimaksuun perustuvan laskentatavan, jos negatiivisia vaikutuksia ja aineettomia vahinkoja ei voida muuten osoittaa.⁴⁰⁵ Myös nämä laskentatavat huomioivat tekijänoikeuden erityisluonteen. Kominkertainen lisenssimaksu vaikuttaisi kuitenkin olevan EU-oikeuden mukainen, koska jäsenvaltiot voivat säätää IPRED-direktiiviä paremmasta suojasta.

Kolmanneksi joissakin jäsenvaltioissa tuomioistuin voi vahingonkorvauksen lisäksi määrätä vilpillisessä mielessä toimineelle loukkaajalle lisäkorvauksia. Vilpillistä mieltä pidetään näin ollen raskauttavana tekijänä loukkausten yhteydessä (Luxemburg).⁴⁰⁶ Tällainen lisäkorvaus on selvästi loukkaaja moittiva sekä perustuu teon törkeyteen ja tekijän syyllisyyden asteeseen. Näin ollen se on puhtaan rangaistusluonteinen.

Belgiassa puolestaan tekijänoikeusjärjestöjen maksut ovat monikertaisia ja niitä käytetään usein tuomioistuimessa aineettoman vahingon suuruuden laskemisen pohjana. Belgian ylin oikeusaste on kuitenkin todennut, että väärennöksien vastainen taistelu tai vahingonkorvauksen varoittava luonne eivät riitä pohjaksi rangaistusluonteiselle vahingonkorvaukselle. Merkittävää on kuitenkin se, että tavaramerkki ja design-tuotteiden kohdalla on mahdollista vaatia kompensatiota todellisesti aiheutuneesta vahingosta sekä loukkaajan saamien voittojen luovutusta samaan aikaan. Tällöin jää epäselväksi hylkäisikö Belgian korkein oikeus myös siinä tapauksessa todellisen vahingon ylittävän osan vahingonkorvauksesta.⁴⁰⁷ Tavaramerkkien ja design-tuotteiden erityinen asema johtuu todennäköisesti niiden korkeasta erottamiskyvystä ja laadusta, minkä vuoksi loukkaajan on helppo hyötyä niistä taloudellisesti. Samoin tällainen menettely aiheuttaa oikeudenhaltijalle aina jonkinlaista goodwill-vahinkoa.

Saksassa puolestaan on joskus sovellettu kaksinkertaista lisenssikorvausta (lisenssi ja lisämaksu moraalisten oikeuksien rikkomisesta) vastaavaa järjestelyä valokuvien loukkausten yhteydessä, jos loukkaaja on käyttänyt kuvaa luvattomasti ilmoittamatta valokuvaajan nimeä. Tällöin tuomioistuin on katsonut, että kyseessä on ollut kaksi loukkaustekoa: luvaton käyttö ja moraalisten oikeuksien rikkominen. Samaa on sovellettu luvattomaan julkiseen esittämiseen.⁴⁰⁸ Kyseinen laskentatapa muistuttaa kansallisesti sovellettavan sopimussakon ehtoa, jossa jokaisesta sopimusrikkomuksesta määrätään erillinen vahingonkorvaus. Kun tekijänoikeuden loukkaustekoja pidetään itsenäisinä,

⁴⁰⁵ OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 30. Toisaalta Bulgarian lainsäädännössä ei oteta kantaa moninkertaisten korvausten enimmäismäärään, ks. OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 26-30.

⁴⁰⁶ OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 29.

⁴⁰⁷ OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 26.

⁴⁰⁸ OHIM, Observatory update on Costs and Damages, s. 26-30.

keskitytään vahingonkorvauksen arvioinnissa enemmän loukkaajan tekoon kuin aiheutuneeseen todelliseen vahinkoon. Tällainen arviointi on tyypillistä rangaistusluonteisille seuraamuksille.

Eurooppalaisen Seurantakeskuksen asiantuntijat pitivät parhaina olemassa olevina käytäntöinä sellaisia, joissa kertakorvauksen laskentakaavana käytetään monikertaista lisenssimaksua. Monikertaisia lisenssimaksuja ei pidetty rangaistusluonteisina, eikä niiden katsottu olevan niin sanottuja oikeudenhaltijalle syntyviä yllättäviä voittoja.⁴⁰⁹ Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että kaikkien EU-jäsenvaltioiden suhtautuminen rangaistusluonteisiin seuraamuksiin ei ole kielteinen.

7.2.3 Tekijänoikeudellisen hyvityksen rangaistusluonteisuus Suomessa

Tekijänoikeuslain mukaista käyttökorvausta eli lisenssiin perustuvaa hyvitystä vastaavaa korvausta sovelletaan edellä todetusti myös patenttien, hyödyllisyysmallien, mallioikeuden ja tavaramerkkioikeuden loukkausten yhteydessä.⁴¹⁰ Tämän vuoksi riittää, että tässä tutkielmassa käytetään tarkemmin esimerkkinä ainoastaan tekijänoikeudellista hyvitystä. Näin päästään tarpeeksi yksityiskohtaisiin kysymyksiin, joista voidaan vetää yleisiä johtopäätöksiä immateriaalioikeudellisesta hyvityksestä.⁴¹¹ Toisaalta tekijänoikeudellinen hyvitys on historiallisesti ollut ehkä rangaistusluonteisin verrattuna muihin immateriaalioikeudellisiin lakeihin Suomessa. Edelleen seuraavassa tarkastelussa tulee muistaa IPRED 13(1) b kohdan ja kansallisen hyvityksen erot.

Tekijänoikeusjärjestöjen tehtävänä on neuvotella käyttökorvauksista yhdessä käyttäjien ja heidän edustajiensa kanssa. Esimerkkinä tästä on Teosto ry:n neuvottelemat tariffiperusteet, joihin n. 90 % maksetuista käyttökorvauksista perustuu. Jos jollain alalla ei ole osapuolta, jonka kanssa neuvotella Teosto päättää itse tariffin suuruudesta perustuen pohjoismaalaiseen tasoon ja samanlaisten teoksien käyttöön.⁴¹² Edunvalvontajärjestöjen toiminta voi tavallaan myös hyödyttää loukkaajaa, koska niiden olemassaolo pienentää valvonta- ja selvittelykustannuksia.⁴¹³

Normaalikorvaus voidaan sopia vapaasti käytön erityispiirteet huomioiden (esim. valmistaminen tai esittäminen), mutta se ei saa olla käyttäjälle kohtuuton. On kuitenkin merkittävää, että kaikilla aloilla

⁴⁰⁹ European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, s. 5.

⁴¹⁰ Routamo, Ståhlberg & Karhu 2006, s. 310. KM 1953:5 ei sisältänyt vielä mainitua hyvityksestä, vaan tekijänoikeudellisesta käyttökorvauksesta säädettiin myöhemmin lainaamalla se suoraan patenttioikeuden puolelta, ks. Oesch 1989, s. 69 ja Siivola s. 265.

⁴¹¹ Tekijänoikeudellinen hyvitys on muutenkin ajankohtainen aihe, koska sitä on kritisoitu niin vahvasti.

⁴¹² Hammarberg 1966, s. 51-52.

⁴¹³ Castrén 1979, s. 221. Kyseisellä perusteella on oikeutettu moninkertaisia lisenssikorvauksia.

ei ole lainkaan kyseisiä yleisehtoja.⁴¹⁴ Tarkemmin sanottuna silloin ei ole olemassa valvontajärjestön yleisiä ehtoja tai niiden avulla ei voida perustaa arviota aiheutuneesta vahingosta. Tällaisissa tilanteissa tuomioistuimet eivät ole löytäneet yhteistä tulkintalinjaa ja hyvitykset ovat olleet todella vähäisiä.⁴¹⁵ Näin on ollut edellä todetusti myös MAO:n viime aikaisessa oikeuskäytännössä. Hallituksen esityksessä (HE 32/1984) on katsottu korvauksen määräytyvän seuraavasti: ”Milloin sopimuksia korvausperusteista ei määrättyllä alalla tai määrättyyn käyttöön nähden olisi olemassa, hyvityksen vähimmäismääränä olisi pidettävä kohtuullista summaa, jolla tekijä todennäköisesti olisi antanut luvan teoksen käyttämiseen.”⁴¹⁶

Ratkaisussa 1968 II 81 (Tammelundin liikenne) KKO jätti voimaan hovioikeuden tuomitseman 80 markan korvauksen, joka vastasi kaksinkertaista Teosto ry:n normaalikorvausta. Olennaista oli, että hyvitys katsottiin kohtuulliseksi. Muita perusteluja hyvityksen suuruudelle ei kuitenkaan esitetty.⁴¹⁷ Sellaisissa tilanteissa, joissa kaksinkertainen käyttöhyvitys ei riitä (esim. markkinahäiriövahinko), tarvitaan lisäksi vahingonkorvausta korvaamaan aiheutunut taloudellinen tai aineeton vahinko.⁴¹⁸

Hallituksen esityksen (HE 32/1984) mukaan hyvityksen perusteena käytetään tekijänoikeusjärjestöjen sopimia korvausperusteita (lisenssit). Hyvityksen ei kuitenkaan tullut esityksen mukaan olla yksinkertainen normaalikorvaus, koska tällöin tekijänoikeudenloukkaaja selviäisi lainvastaisesta menettelystä maksamalla saman lisenssimaksun, jonka laillisesti oikeuden käyttöönsä hankkinut olisi joutunut maksamaan tekijänoikeusjärjestölle. Tällöin kukaan ei hakisi yleensä edes käyttö lupaa. Näin ollen hyvitys on ymmärrettävä normaalikorvauksen ylittäväksi käyttökorvaukseksi. Esityksessä viitataan tältä osin edellisen kappaleen KKO Tammelundin liikenne -tapaukseen, ja vahvistetaan siinä tuomitun kaksinkertaisen hyvityksen asema.⁴¹⁹ Esitöiden perusteella vaikuttaa siltä, että hyvitys ei voisi olla yksinkertaista normaalia lisenssikorvausta vastaava summa.⁴²⁰ Myös Kivimäki on todennut jo aikaisemmin, että käyttökorvaus voi ylittää normaalikorvauksen tuottamuksella aiheutettujen loukkausten kohdalla.⁴²¹ Lisäksi Castrén on katsonut kaksinkertaisen tariffin estävän loukkaajan oikeudettoman hyötymisen.⁴²²

⁴¹⁴ Oesch 1989, s. 71-72.

⁴¹⁵ Castrén 1979, s. 217.

⁴¹⁶ HE 32/1984, s. 16. Todennäköisyysarvio on täysin tuomioistuimen harkinnan varassa oleva seikka.

⁴¹⁷ Oesch 1989, s. 75.

⁴¹⁸ Oesch 1989, s. 82. Oesch kuitenkin katsoo ristiriitaisesti samassa teoksessa, että kaavamaisista, etukäteen vahvistettua hyvityskorvausta ei tulisi kuitenkaan suorittaa näyttövaikeuksien vuoksi, ks. Oesch 1989, s. 83.

⁴¹⁹ HE 32/1984, s. 16.

⁴²⁰ Oesch 1989, s. 71-72 ja 81.82.

⁴²¹ Kivimäki 1966, s. 180.

⁴²² Castrén 1979, s. 112. Esimerkkinä Castrén käyttää Saksaa.

Myöhemmin KKO on ratkaisussaan 1989:87 todennut, ettei se ole kuitenkaan antanut sellaista tuomiota, jossa ennakkopäätöksellä olisi vahvistettu tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentissa tarkoitetun hyvityksen arviointi- tai laskemistapa.⁴²³ On outoa, että KKO on väittänyt, ettei se ollut ottanut kantaa hyvityksen laskemiseen, vaikka se oli pitänyt aikaisemmin kaksinkertaista hyvitystä kohtuullisena korvauksena. Ratkaisujen välillä myös tekijänoikeuslakia oli ehditty muuttaa siten, että hallituksen esityksen mukaan kaksinkertainen hyvitys vastaa sen hetkistä oikeustilaa.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ei näytä olevan otettu kantaa siihen, sisältääkö tällainen kaksinkertaiseen lisenssikorvaukseen perustuva hyvitys myös korvauksen aineettomasta ja kaikesta taloudellisesta vahingosta. Samaan aikaan on tiedostettu kuitenkin, että immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen vaatiminen hyvityksen lisäksi on välttämätöntä, jotta oikeudenhaltija saa täyden korvauksen aiheutuneesta vahingosta. Kaksinkertainen hyvitys ja vahingonkorvaus sisältävät kuitenkin mahdollisesti päällekkäisiä korvauseriä samasta vahingosta.

KKO:n ratkaisun 1998:91⁴²⁴ mukaan hyvitys on osa seuraamusjärjestelmää rangaistus- ja vahingonkorvausseuraamusten lisäksi ja sen *tarkoituksena on osaltaan ehkäistä tekijänoikeuksien loukkaamista*.⁴²⁵ Sen lisäksi KKO katsoi, että tietokoneohjelmien käyttäminen edellyttää lisenssin hankkimista yleensä kokonaisuuteen, johon kuuluu ohjelmalevyke, käsikirja ja muuta käyttöön liittyvää aineistoa. Olennaista perustelujen mukaan on, että tietokoneohjelmaa ei muulla tavalla voi edes laillisesti hankkia käyttöönsä. Näin ollen KKO katsoi tässä tapauksessa, että *hyvityksen tulee vastata sitä korvausta, jonka laillisesti tietokoneohjelman käyttöoikeuden hankkivan on siitä maksettava*. Se, että kyseinen hyvitys perustui tietokoneohjelman myyntihintaan ja sisälsi muun muassa arvonlisäveron, käsittely- ja varastointikustannukset sekä levyke ja käsikirjakustannukset, ei estänyt sen tuomitsemista.

Ensinnäkin KKO on täten vahvistanut hyvityksen yleisestävän tehtävän osana immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta.⁴²⁶ Yleisestävä tarkoitus vastaa hyvin IPRED:n tavoitteita ja varsinkin varoittavuuden käsitettä. Toiseksi hyvitys perustui ohjelman myyntihintaan,

⁴²³ Kaksinkertaista korvausta on arvosteltu siitä, että se ei ole kohtuullinen, ks. esim. Siivola 1999, s. 266 ja Siivola 1998, s. 158.

⁴²⁴ Tapauksessa yritys oli loukannut tekijänoikeutta käyttämällä tietokoneohjelmia liiketoiminnassaan ilman siihen oikeuttavaa lisenssiä. Huomattavaa on, että kyse on nimenomaan sellaisesta tekijänoikeudesta, jonka alalla ei ole vahvistettu yleisiä lisenssejä. Samoin kyseessä oli ansiotoiminnassa tehty loukkaus, ks. myös KKO 2001:42, jossa hyvityksenä pidettiin arvonlisäverotonta myyntihintaa.

⁴²⁵ Sama ennaltaehkäisevä tarkoitus on vahvistettu myös ratkaisuissa KKO 2007:63 ja KKO 2010:47: ”Hyvityksellä pyritään myös ehkäisemään tehokkaasti tekijänoikeuksien loukkaamista ja suojattujen teosten lainvastaista käyttöä.”

⁴²⁶ Siivola pitää tätä ongelmallisena, koska hyvitys koskee myös vilpittömässä mielessä toiminutta loukkaajaa, ks. Siivola 1999, s. 268. Ratkaisu KKO 1998:91, koski kuitenkin ansiotoiminnassa tehtyä loukkausta, jonka KKO on todennäköisesti ottanut huomioon hyvityksen ankaruudessa.

joka sisälsi arvonlisäveron eikä KKO vähentänyt siitä myöskään oikeudenhaltijan säästämiä kustannuksia. Katson, että KKO:n on ratkaissut asian vastoin rikastumiskieltoa perustaen tuomion oikeudenmukaisuuteen: laittomasti toimiva ei saa päästä parempaan asemaan kuin laillisesti toimiva. KKO:n perustelut vastaavat sen aikaisempaa linjaa petos- ja anastusrikosten kohdalla. Olennaista on kuitenkin, että tässä tapauksessa KKO ei maininnut rikastumiskieltoa perusteluissaan, eikä myöskään näytä soveltaneen sitä.⁴²⁷ Ratkaisun perusteella vaikuttaa mahdolliselta, että yleisistä vahingonkorvausoikeudellisista periaatteista voidaan poiketa ainakin immateriaalioikeudellisen hyvityksen kohdalla tai niitä voidaan tulkita lievemmin. Rikastumiskiellosta poikkeaminen yhdistää siten immateriaalioikeudellisen hyvityksen enneminkin osaksi kansallisesti sovellettavia yleisiä hyvityskorvauksia, jotka eivät perustu todellisesti syntyneeseen vahinkoon.

Aina ei ole kuitenkaan niin, että normaali lisenssikorvaus soveltuisi suoraan tekijänoikeudellisen hyvityksen perusteeksi. KKO on todennut useissa ratkaisuisissaan seuraavaa: ”Mitä enemmän teoksen hyödyntäminen poikkeaa sellaisesta teoksen hyödyntämisestä, jota tavanomaista käyttökorvausta määrättäessä on ajateltu, sitä vähemmän tavanomainen käyttökorvaus soveltuu sellaisenaan hyvityksen pohjaksi. Koska kysymyksessä on lain sanamuodonkin mukaan kohtuullinen hyvitys, tuomioistuimen on hyvityksen suuruutta arvioidessaan otettava huomioon tapauksen erityispiirteet.”⁴²⁸ Tällöin hyvitys on ollut usein normaalikorvausta alhaisempi, koska kohtuullisuutta koskevassa kokonaisharkinnassa on huomioitu tapauksen erityispiirteet, kuten luvattoman käytön tarkoitus sekä loukkauksen toteuttamistapa ja vahingollisuus.⁴²⁹ Sen lisäksi myös luvattoman käytön ammattimaisuudella, laajuudella ja toisaalta satunnaisuudella on ollut merkitystä.⁴³⁰

Tekijänoikeudellisen hyvityksen määräämisessä huomioon otettavat erityispiirteet muistuttavat edellä käsiteltyjen yleisten hyvityskorvausten törkeysarviointia. Näistä esimerkkinä on juuri tekijänoikeudellisessa hyvityksessä huomioitava loukkauksen ja luvattoman käytön luonne. Tarkastelu ei silloin kohdistu lainkaan todellisuudessa syntyneeseen vahinkoon. Tahallisuus tai törkeys eli oikeudenvastaisuuden laatu ei saisi Castrénin mukaan vaikuttaa käyttökorvauksen suuruuteen patenttioikeutta loukattaessa.⁴³¹ Patenttioikeudellista käyttökorvausta arvioidaan kuitenkin myös OK 17:2.3:n perusteella.⁴³² Katso, että OK:n mukainen patenttioikeudellisen käyttökorvauksen arviointi vastaa käytännössä tekijänoikeudellisen hyvityksen normaalia arviointia.

⁴²⁷ Vrt. KKO:n linja petos- ja anastusrikoksissa erityisesti vahingonkorvauksen suhteesta arvonlisäveroon, ks. KKO 1982 II 121 ja 1997:208.

⁴²⁸ Ks. esim. KKO 1989:151, KKO 1999:115, KKO 2002:101

⁴²⁹ KKO 2010:47.

⁴³⁰ KKO 2001:42. Ks. myös uudempi ratkaisu KKO 2018:21.

⁴³¹ Castrén 2015, s. 221.

⁴³² Castrén 2015, s. 201.

Immateriaalioikeudellisten hyvitysten tai käyttökorvausten luonne on jo alun perin sellainen, ettei se riipu todellisesti aiheutuneesta vahingosta, joten hyvityksen arviointi keskittyy muihin seikkoihin.

Myös uudemmassa oikeuskäytännössä on piirteitä hyvityksen moninkertaisuudesta. Turun hovioikeuden ratkaisussa R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) vaadittiin ja tuomittiin kaksinkertainen lisenssimaksu hyvityksenä tekijänoikeuden loukkaamisesta. Perusteena tälle oli se, että kyseessä oli kaksi eri loukkaustekoa: luvaton teoksen valmistaminen ja yleisön saataviin saattaminen. Ratkaisu vaikuttaisi siten olevan ristiriidassa oikeuskäytännössä aikaisemmin esitettyjen kantojen kanssa, koska normaalikorvaus ei kattaisi molempia tekoja.⁴³³ Arviointi muistuttaa Saksassa sovellettavaa luvattoman käytön ja moraalisten oikeuksien perusteella tuomittavaa kaksinkertaista lisenssikorvausta loukkaustekojen itsenäisyyden perusteella.

Markkinaoikeus ei ole tiedettävästi lausunut mitään liittyen kaksinkertaiseen hyvitykseen immateriaalioikeudessa, minkä vuoksi ei ole selvää, miten asiaa tulkittaisiin nykyisin. Aihe on kuitenkin ajankohtainen EU-oikeuden vaikutuksen takia. Immateriaalioikeudellisen hyvityksen voi katsoa olevan osa kansallista hyvitysjärjestelmää, jossa rikastumiskieltoon ei ole suhtauduttu niin tiukasti. Näin ollen voi olla mahdollista, että immateriaalioikeudelliseen hyvitykseen ei tulisi soveltaa vahingonkorvausoikeudellisia yleisiä oppeja eikä ainakaan sopimusoikeuden yleisiä oppeja, koska loukkaustilanteessa ei ole nimenomaan ollut käytössä lisenssisopimusta. Immateriaalioikeudellinen hyvitys kuuluu kuitenkin immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen, minkä vuoksi täyden korvauksen saaminen vaatii sekä hyvityksen että vahingonkorvauksen vaatimista. Koska hyvitys on itsessään rangaistusluonteinen, se tekee myös immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta rangaistusluonteista. Tämä on kuitenkin ristiriidassa rikastumiskiellon kanssa.

Vaihtoehtona voisi olla joko kansallisen hyvityksen mieltäminen IPRED 13(2) artiklan mukaiseksi oikeudenhaltijoille vapaaehtoisesti tarjottavaksi oikeussuojakeinoksi, jolloin se eriytyisi varsinaisesta immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta. Tällöin tulisi samalla säätää IPRED 13(1) artiklan b kohdan mukaisesta uudesta kiinteään korvaukseen perustuvasta vahingonkorvauksesta. Toisena vaihtoehtona olisi immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen eriyttäminen yleisestä vahingonkorvauksesta siten, että siinä ei sovellettaisi rikastumiskieltoa. Tämän seurauksena immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus voisi olla sallitusti rangaistusluonteista.

⁴³³ Tapio 2014, s. 366-367.

7.3 Rikastumiskiellosta luopumisen tarkoituksenmukaisuus

immateriaalioikeudessa

7.3.1 Taloudellisen ja aineettoman vahingon korvaaminen

Edellä on käsitelty immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen sallittavuutta EU-oikeuden ja toisaalta kansallisen oikeuden näkökulmasta. EU-oikeuden perusteella on hyväksyttävää säätää rangaistusluonteisista seuraamuksista immateriaalioikeudessa. Kansallisessa oikeudessa rangaistusluonteisuuteen on kuitenkin suhtauduttu kielteisesti immateriaalioikeuden kohdalla. Kansallinen oikeusjärjestys sisältää edellä todetusti myös seuraamuksia, jotka voidaan katsoa rangaistusluonteisiksi. Myös immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen sisällä on sellaisia piirteitä. Rikastumiskiellosta luopumisen tarkoituksenmukaisuutta käsitellään edellä mainittujen IPRED:n asettaminen vaatimusten ja immateriaalioikeudellisen hyvityksen kansallisen erityisluonteen perusteella.

Ensinnäkin aineettomien ja taloudellisten vahinkojen ero ei saisi vaikuttaa niiden korvattavuuteen immateriaalioikeudessa, koska IPRED velvoittaa niiden korvaamiseen. Erottelu ei ole myöskään selvä, kun otetaan huomioon aineettoman vahingon ja taloudellisiin vahinkoihin luonteensa vuoksi kuuluvan markkinahäiriövahingon asema oletettuina vahinkoina. Ei ole perusteltua korvata markkinahäiriövahinkoa, mutta jättää aineeton vahinko korvamatta. Aineettomien vahinkojen korvaaminen voi myös muuttua helposti symboliseksi, jos niiden kohdalla ei yritetä edes korvata todellista vahinkoa. Tämä ei toteuta kompensatio- eikä preventiotehtäviä. Sen vuoksi tuomioistuimen tulisi hylätä aineettomia korvauksia koskeva vaatimus, jos se aidosti katsoo, että tapauksessa ei ole loukattu moraalisia oikeuksia. Aineettomien vahinkojen huomioiminen olisi lähinnä rangaistusluonteista, jos tuomioistuin tuomitsisi niitä ilman perusteltuja syitä.⁴³⁴

Joka tapauksessa olisi outoa, että puhutaan aineettomista oikeuksista, mutta niiden kohdalla aineetonta vahinkoa ei voisi vaatia korvattavaksi.⁴³⁵ Tällöin tulee päättää, kiinnitetäänkö kärsimyskorvauksen yhteydessä huomiota itse tekoon vai loukatun omaan kokemukseen?⁴³⁶ Jos kiinnitetään huomiota tekoon, korvaus on rangaistusluonteinen. Toisaalta, jos kiinnitetään huomiota kärsimyskokemukseen ei todellista kärsimystä voida selvittää, jolloin korvaus on edelleen rangaistusluonteinen. Näin ollen kärsimyskorvauksen taustalla vaikuttaa rangaistusluontoisuuden

⁴³⁴ Tamas 2017, s. 49 ja 56.

⁴³⁵ Avraham 2018, s. 215-219.

⁴³⁶ Viljanen 2008, s. 513.

periaate. Edellä todetusti tämä periaate vaikuttaa Viljasta mukaillen myös yleisessä vahingonkorvauksessa kärsimyskorvauksen taustalla.

Nyt IPRED-direktiivissä todetaan suoraan, että aineeton vahinko tulee huomioida immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta laskettaessa. Tämä voi johtaa kärsimyksen korvaamiseen myös muiden immateriaalioikeuksien kuin tekijänoikeuden kohdalla. Myös henkinen kärsimys johti 1900-luvulla vahingonkorvauslain muutoksiin, koska se poikkesi niin radikaalisti aikaisemmasta oikeustilasta.⁴³⁷ Samoin oikeudenhaltijalle aiheutuneen kärsimyksen ja markkinahäiriövahingon huomioiminen saattaa perustella rikastumiskiellosta luopumista, koska todellista vahinkoa ei niiden kohdalla ole mahdollista määritellä.

7.3.2 Loukkaajan saaman perusteettoman edun palauttaminen

IPRED:n mukaan vahingonkorvauksen määrää laskettaessa loukkaajan saama perusteeton etu eli liikevaihto tulee huomioida yhtenä tekijänä. Tämä voi mahdollisesti johtaa rikastumiskiellon vastaiseen ylikompensatioon, jos samaan aikaan otetaan huomioon sekä oikeudenhaltijan saamatta jäänyt liikevoitto sekä loukkaajan saama perusteeton etu. Näin on, koska loukkaajan saama perusteeton etu voi olla suurempi kuin oikeudenhaltijalle aiheutunut vahinko.⁴³⁸

Yhdysvalloissa on tekijänoikeuden loukkauksen johdosta mahdollista vaatia samaan aikaan sekä korvausta todellisesti aiheutuneesta vahingosta että loukkaajan saaman liikevoiton palauttamista siltä osin kuin sitä ei ole otettu huomioon todellisen vahingon arvioimisessa. Vahingon korvaaminen kompensoi loukkauksen aiheuttamaa vahinkoa, ja liikevoiton luovuttaminen estää loukkaajan perusteettoman hyötymisen.⁴³⁹ Myös luonnokseksi jääneen ACTA:n 9(2) artikla olisi mahdollistanut sen, että vähintään tekijänoikeuden ja tavaramerkkien kohdalla oikeudenhaltija voi olettaa, että loukkaajan saama liikevoitto vastaa vahinkoa.⁴⁴⁰ Joka tapauksessa loukkausvoiton palauttaminen voisi näyttäytyä rangaistuksena oikeudettomasta menettelystä. Samalla oikeudenhaltija voi rikastua loukkauksen seurauksena.

Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on puollettu loukkausvoiton palauttamista myös vahingonkorvauksen preventiivisen tehtävän vuoksi. Samoin siitä säädettiin nimenomaisesti aikaisemmassa tavaramerkkilaissa. IPRED:n asettamat vaatimukset seuraamusten varoittavuudesta ja tehokkuudesta sekä loukkaajan saaman perusteettoman edun huomioimisesta tukevat loukkausvoiton palauttamista oikeudenhaltijalle. Loukkausvoiton palauttamista on myös pidetty EU-

⁴³⁷ Virtanen 2011, s. 11-12.

⁴³⁸ Norrgård 2004, s. 450. Norrgård 2006, s. 591-592.

⁴³⁹ Goldstein 1989, s. 309-310 ja 313.

⁴⁴⁰ Blakeney 2012, s. 143-145.

jäsenmaiden parhaana käytäntönä. Tällöin immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus saa rangaistusluonteisia piirteitä, koska korvaus keskittyy loukkaajan saamaan perusteettomaan etuun eikä niinkään aiheutuneeseen vahinkoon.

Eurooppalainen Seurantakeskus on todennut, että jäsenvaltioiden on varmistettava, että oikeuden loukkaaja ei saa lainkaan taloudellista hyötyä toimintansa johdosta. Parhaana käytäntönä pidettiin vahingonkorvauksen laskentatapaa, jossa huomioidaan sekä oikeudenhaltijan saamatta jäänyt voitto että loukkaajan loukkauksen ansiosta saama taloudellinen hyöty (perusteeton etu). Asiantuntijoiden mukaan laskentatapa ei johda päällekkäiseen korvaukseen, eikä sitä siten ole pidettävä rangaistusluonteisena. Myös laskentatavat, jotka sisälsivät loukkaajan saaman perusteettoman edun palautuksen, todettiin toimiviksi (esim. Viro, Unkari ja Tshekki).⁴⁴¹

Loukkaajan saama perusteeton etu olisi kuitenkin perusteltua palauttaa oikeudenhaltijalle oikeudenmukaisuuden ja IPRED:n asettamien vaatimusten perusteella. Tällöin on mahdollista, että oikeudenhaltija voisi joissakin tapauksissa hyötyä loukkauksesta, koska loukkausvoitto ei välttämättä aina vastaa todellista vahinkoa. Toisaalta todellisesta vahingosta harvoin on edes tarkkaa tietoa. Osaltaan tämän vuoksi rikastumiskiellon soveltamisesta tulisi luopua immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa.

7.3.3 Immateriaalioikeudellinen hyvitys

Rangaistusluonteisten korvausten yhteydessä tuomioistuimet ottavat huomioon vastaajan teon luonteen, kantajalle aiheutuneen vahingon luonteen ja laajuuden sekä vastaajan varallisuuden.⁴⁴² Yhdysvalloissa immateriaalioikeuden loukkauksesta on mahdollista tuomita tehostettu korvaus, joka voi olla kominkertainen suhteessa todelliseen vahinkoon (rangaistusluonteinen). Voidaan katsoa, että kyseinen korvaus itseasiassa vastaisi todellista vahinkoa, jos sen myöntämisen perusteena olisi aineettoman vahingon huomioiminen osana vahingon luonnetta.⁴⁴³ Immateriaalioikeudellinen hyvitys ei vastaa edellä todetuilla perusteilla IPRED 13(1) artiklan b kohtaa, koska siinä ei huomioida kaikkea aiheutunutta taloudellista ja aineetonta vahinkoa. Sen vuoksi kansallinen moninkertainen hyvitys on rangaistusluonteisempi kuin IPRED:n mukainen moninkertainen kiinteä korvaus. Tilannetta voidaan verrata Yhdysvaltoihin, jossa korvauksen moninkertaisuuden voidaan ajatella vastaavan aiheutunutta vahinkoa, jos siinä huomioidaan aineeton vahinko. Kansallisessa hyvityksessä ei huomioida aineetonta vahinkoa, joten se on rangaistusluonteinen.

⁴⁴¹ European Observatory on counterfeiting and piracy 2010, s. 6.

⁴⁴² Avraham 2018, s. 229.

⁴⁴³ Avraham 2018, s. 215-219 ja 229.

On myös huomattava, että vahingonkorvauksen tehtäviin liittyvä kompensatioteoria vaatii aina näyttöä vahingosta ja keskittyy ennemminkin loukkauksen seurauksiin eli vahinkoon kuin itse loukkaukseen. Vastateoria puolestaan pyrkii hyvittämään kärsimyksen tekijälle ja samalla moittimaan loukkaajaa. Suomessa aineettomien vahinkojen korvaaminen on väitetty muistuttaa enemmän Common law -perinteen tapaa suhtautua kyseisiin vahinkoihin. Tämä johtuu siitä, että ilman tuottamusta tehdyissä loukkauksissa aineettomia vahinkoja ei korvata, mikä puolestaan liittyy niiden korvaamisen loukkaajan asenteeseen. Yhtenä mahdollisuutena on myös kiinnittää huomiota enemmän loukkauksen luonteeseen sekä sen aikana että sen jälkeen vallinneisiin olosuhteisiin.⁴⁴⁴ Tällä viitataan siihen, että immateriaalioikeudellinen hyvitys ei huomioi aineellisia vahinkoja eikä myöskään käyttökorvauksen ylittäviä taloudellisia vahinkoja. Kun otetaan huomioon immateriaalioikeudellisen hyvityksen arviointiin vaikuttavat loukkauksen ja loukkaajan menettelyn luonne, immateriaalioikeudellisen hyvityksen voidaan todeta sisältävän rangaistusluonteisia piirteitä. Tällainen törkeysarviointi ei kuulu kompensatioteorian piiriin, koska sen mukaan tulisi tarkastella aiheutunutta vahinkoa eikä loukkaajan menettelyä. Kaikkien kansallisten hyvityskorvausten taustalla vaikuttaa aina jonkinasteinen rangaistusluontoisuuden periaate. Kyse on vain siitä, hyväksymmekö sen immateriaalioikeuden kohdalla.

Myös tuottamuksellisten loukkausten yhteydessä sovelletaan vahingonkorvausta ja käyttöhyvitystä samaan aikaan, mikä aiheuttaa ongelmia arvioida vahingonkorvauksena maksettavaa korvausta itsenäisesti ilman hyvityksen kanssa päällekkäisiä näkökohtia. Ilman rikastumiskieltoa niitä voitaisiin arvioida itseisinä perusteina kumulatiivisesta vaikutuksesta välittämättä.

Lisäksi on otettava huomioon PL 80§: ” Lailla on kuitenkin säädettävä yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista --.”⁴⁴⁵ Sen vuoksi vahingonkorvauksen laskentatavan perusteista tulisi säätää tarkemmin laissa esimerkiksi ilmoitta ilmoittamalla sen ylä- ja alaraja.⁴⁴⁶ Olisikin perusteltua säätää immateriaalioikeudellisesta kiinteästä korvauksesta, jolle olisi asetettu rajat. Esimerkiksi Yhdysvalloissa tekijänoikeudellinen korvaus on maksimissaan kolminkertainen. Tällöin loukkaajalla on riittävästi tietoa velvollisuutensa perusteista ennen loukkaukseen ryhtymistä. Erityisesti kärsimyskorvauksen suuruus on vaikeasti ennakoitavissa niin yleisessä vahingonkorvauksessa kuin immateriaalioikeudessa. Sen vuoksi kiinteän korvauksen enimmäismäärän ilmoittaminen immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa antaisi mahdolliselle loukkaajalle enemmän tietoa loukkauksen seuraamuksen ankaruudesta. Tällöin kaksinkertainen tai kolminkertainen

⁴⁴⁴ Tamas 2017, s. 53-54.

⁴⁴⁵ Viljanen 2008, s. 513.

⁴⁴⁶ Vrt. työsopimuslain 12 luvun 2 §.

kiinteäkorvaus voitaisiin määritellä pitävän sisällään korvauksen kaikesta aiheutuneesta vahingosta, ja sen määrittämisessä voitaisiin huomioida tapauksen erityispiirteet. Moninkertaisuus ei edes suoraan tarkoittaisi sitä, että kiinteä korvaus olisi oikeudenhaltijaa rikastuttava, koska immateriaalioikeudellisten vahinkojen tarkkaa määrää ei voida useinkaan osoittaa. Kuitenkin rikastumiskielto estää nykyään tällaisen arvioinnin.

Tämän lisäksi Suomessa on tuomittu ainakin tekijänoikeudellisena hyvityksenä kaksinkertaiseen lisenssimaksuun perustuvia korvauksia ja KKO on poikennut rikastumiskiellon soveltamisesta immateriaalioikeudellisen hyvityksen kohdalla. Immateriaalioikeudellisen hyvityksen rangaistusluonteisuus perustee rikastumiskiellosta luopumista immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa.

8. JOHTOPÄÄTÖKSET

On nähtävissä kehitys, jossa EU-oikeuden sääntelemät oikeudenalat ovat pirstaloitumassa erillisiksi osiksi vahingonkorvauksen suhteen, jolloin yleinen vahingonkorvaus ja sen periaatteet eivät sovellu enää kaikille oikeudenaloille.⁴⁴⁷ Tällöin eri oikeudenaloilla voidaan soveltaa esimerkiksi omia prosessisääntöjä. Immateriaalioikeus eriytyy esimerkiksi yleisestä prosessioikeudesta korvattavien vahinkojen osalta, minkä vuoksi IPRED-direktiiviä onkin kritisoitu. Jos kaikilla oikeudenaloilla olisi omat prosessuaaliset norminsa, oikeusjärjestyksen on väitetty olevan kokonaisuutena tarkastellen hajanainen, minkä vuoksi on katsottu, että huomiota tulisi kiinnittää enemmän immateriaalioikeuksien oikeuttamiseen ja niiden tarkasteluun olemassa olevan oikeuden näkökulmasta.⁴⁴⁸ Kansallisesti on jo kuitenkin poikettu täydestä näyttövelvollisuudesta loukatun osapuolen hyväksi. Siten OK 17:2.3 on hyvä esimerkki siitä, että loukatun osapuolen aseman parantaminen on ollut oikeutettu peruste laskea näyttökynnystä vahingon määrän näyttämisen suhteen siviilioikeudellisissa oikeudenkäynneissä.⁴⁴⁹

Kansalliseen tulkintaan saattaa liittyä kuitenkin ongelmia erityisesti, jos sääntelyä ollaan muuttamassa harmonisoinnilla ankarampaan suuntaan. Tämän vuoksi erityisalojen harmonisointi vahingonkorvausoikeudessa vaikuttaa todennäköisemmältä, koska yleinen koko vahingonkorvausoikeuden kattava harmonisointi ei tarjoa riittävän täsmällisiä ohjeita jäsenvaltioiden tuomioistuimille.⁴⁵⁰ Näin on oletettavasti juuri immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen kohdalla, koska yleisen vahingonkorvauksen harmonisointi tuskin tulee kyseeseen.

Immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus poikkeaa yleisestä vahingonkorvauksesta jo ensinnäkin siinä, että puhdas varallisuusvahinko on korvattavissa ilman erityisiä syitä. Immateriaalioikeudelliset lait ovat siten erityislakeja verrattuna yleisempään vahingonkorvausoikeuslakiin. Immateriaalioikeudellisia riitoja käsittelee lisäksi erityistuomioistuin (MAO), joka on erikoistunut niiden käsittelyyn. Näin ollen ratkaisujen laatu varmistetaan juuri erikoistumisen avulla.

⁴⁴⁷ Tamas 2017, s. 55. Mylly suhtautuu kuitenkin sallivammin eriytymiskehitykseen heikomman osapuolen suojelemiseksi kuten KSL:n yhteydessä, ks. Mylly 2004, s. 161. Tämä antaa kuitenkin liian yksinkertaistetun kuvan immateriaalioikeuksista, koska oikeudenhaltija voi olla myös yksityinen henkilö, jolloin kyse on heikomman suojelemisesta. Kritiikin taustalla vaikuttaa olevan ideologia, jonka mukaan kaikki kaupallistaminen on pahaa ja väärin. Kaupallistamisessa on osittain kyse alkuperäisen tekijän tai keksijän oikeuksien toteuttamisesta ja kannustimen ylläpitämisestä.

⁴⁴⁸ Wal & Schaik 2008, s. 80.

⁴⁴⁹ Halila 1961, s. 291-292. Näyttötaakkaa voidaan keventää heikomman osapuolen suojelemiseksi, ks. Routamo 2005, s. 336.

⁴⁵⁰ Virtanen 2011, s. 70.

Eriytymistä on myös tarkasteltava suhteessa EU:n sisämarkkinoihin. Jos immateriaalioikeudellisia seuraamuksia ei harmonisoida EU:ssa, sisämarkkinat eriytyvät vastoin EU:n päätavoitteita. Jos oikeudenhaltija joutuu nostamaan kanteita eri jäsenmaiden kansallisissa tuomioistuimissa, voidaan samasta loukkauksesta tuomita vahingonkorvausta eri määrä riippuen jäsenmaan perinteistä.⁴⁵¹ Siten seuraamusluonteinen tai seuraamusluonteisia piirteitä sisältävä lainsäädäntö yhtenäistäisi jäsenmaiden tapaa tuomita immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta. Onko immateriaalioikeuden eriytyminen oikeudenalana vakavampi huolenaihe kuin EU:n sisämarkkinoiden eriytyminen?

Tässä tutkielmassa rikastumiskiellon tarkoituksenmukaisuutta immateriaalioikeudellisessa vahingonkorvauksessa on tarkasteltu IPRED asettamien vaatimusten pohjalta. Rikastumiskieltoa vastaan puhuvat erityisesti oikeussuojakeinojen varoittavuuden ja tehokkuuden vaatimus, markkinahäiriövahingon asema oletettuna vahinkona, aineettomien vahinkojen korvaamisen laajentuminen tekijänoikeuden ulkopuolelle, loukkaajan saaman perusteettoman edun palauttaminen oikeudenhaltijalle ja immateriaalioikeudellisen hyvityksen rangaistusluonteisuus. IPRED:n vaatimusten taustalla vaikuttaisi olevan rangaistusluonteisuuden periaate, jota ei ole kuitenkaan tuotu suoraan esille. Sama koskee edellä käsiteltyjä kansallisia rangaistusluonteisiksi katsottavia seuraamuksia.

Lisäksi hyvitys immateriaalioikeudellisena seuraamuksena poikkeaa normaalista vahingonkorvauksesta siten, että sen kohdalla todellisella vahingolla ei ole merkitystä. Jos katsotaan, että yleiset vahingonkorvausoikeudelliset periaatteet eivät sovellu hyvitykseen, on immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus jo irtautunut perinteisestä vahingonkorvausoikeudesta, koska hyvityksen katsotaan olevan osa immateriaalioikeudellista vahingonkorvausta. Immateriaalioikeudellinen hyvitys muistuttaa kuitenkin enemmän muita kansallisia rangaistusluonteisia seuraamuksia ja erityisesti yleisiä hyvityskorvauksia. Tämä IPRED:n vaatimusten ja kansallisen immateriaalioikeudellisen hyvityksen taustalla vaikuttava rangaistusluonteinen seuraamusideologia on siten ristiriidassa rikastumiskiellon kanssa.

Immateriaalioikeuden ongelmat ovat ensinnäkin vahinkojen näyttövaikeuksiin. Erityisesti markkinahäiriövahingon ja aineettomien vahinkojen näyttäminen on vaikeaa. Tuomioistuimet eivät ole myöskään ilmoittaneet täsmällisesti sitä laskukaavaa, jota on käytetty vahingonkorvauksen laskemisen perusteena. Myöskään kohtuullisena pidettävän käyttökorvausprosentin perustelut eivät ole aina olleet selviä. Näin ollen nimenomaan aloilla, joilla ei ole olemassa vakiintunutta

⁴⁵¹ Allekotte 2009, s. 2.

käyttökorvausprosenttia, korvaukset jäävät entistä pienemmiksi (esim. 0,05 % arvolisäverottomasta liikevaihdosta). Myös komission mukaan kiinteät korvaukset ovat olleet vain 1-5 % loukkaajan loukkaukseen liittyvästä liikevaihdosta, mikä johtuu kiinteän korvauksen laskennallisena perusteena käytettävästä yksinkertaisesta rojalTIMaksusta. Kaiken kaikkiaan oikeudenhaltijoille ei ole välttämättä edes mielekästä lähteä puolustamaan oikeuksiaan siviiliprosessissa, koska vahingonkorvauksen määrän suuruudesta ei ole takuita. Tällöin immateriaalioikeudet eivät ole tehokkaita oikeuksia, koska vahingonkorvaus on seuraamuksena yksi tärkeimmistä oikeudenhaltijan oikeussuojakeinoista.

Selvää on ainakin, että rangaistusluonteinen vahingonkorvaus toteuttaisi paremmin vahingonkorvauksen ennaltaehkäisevää tehtävää. Suomessa on kuitenkin muodostunut käytäntö, jossa asetetaan vahingonkorvaukselle yläraja täyden korvauksen periaatteen yhteydessä.⁴⁵² Ei olisi kuitenkaan perusteltua pitää kiinni käytännöstä, jos sen noudattaminen ei olisi enää tarkoituksenmukaista.

Kun otetaan huomioon edellä kuvatut sanktiomaksut, yleiset hyvityskorvaukset, sopimussakon merkitys, kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen rangaistusluonteisuus ja vahingonkorvauslain mukaisen kärsimyksen korvaaminen, näyttää siltä, että Suomessa käytännössä sovelletaan jo nykyisin rangaistusluonteista vahingonkorvausta muistuttavia seuraamuksia. Erityisesti hyvitysmaksut muistuttavat hyvin paljon immateriaalioikeuden loukkausten yhteydessä maksettavaa hyvitystä oikeudettomasta käytöstä (käyttökorvaus). Lisäksi immateriaalioikeusloukkausten johdosta tulisi korvata myös oikeudenhaltijoille aiheutunut kärsimys, jonka arvioiminen sisältää seuraamusluonteista harkintaa samoin kuin vahingonkorvauslain mukaisen henkisen kärsimyksen korvaaminen.

Periaatteille on asetettavissa kriteereitä, jotta ne olisivat oikeusjärjestyksessä voimassa olevia periaatteita. Niillä tulisi olla ensinnäkin sisällöllistä merkitystä ja arvoa. Toiseksi periaatteiden tulisi saada institutionaalista tukea oikeuslähteistä. Kolmanneksi periaatteiden tulisi edistää oikeusjärjestyksen koherenssia ja sisällöllistä johdonmukaisuutta.⁴⁵³ Rangaistusluonteisuuden periaate toteuttaa oikeudenmukaisuutta estämällä oikeudettomasta toiminnasta hyötymisen, saa tukea EU-oikeudesta ja kansallisista seuraamusluonteisista korvauksista sekä edistää immateriaalioikeuden yleisten oppien johdonmukaisuutta. Periaatteen olemassa olon hyväksymisen seurauksena immateriaalioikeudellisen vahingonkorvauksen ongelmiin voitaisiin puuttua paremmin eikä immateriaalioikeudellinen vahingonkorvaus muodostuisi liian monimutkaiseksi. Rikastumiskielto

⁴⁵² Karhu 2007, s. 186-187.

⁴⁵³ Tuori 2000, s. 197-198.

puolestaan suojelee oikeudenloukkaajaa oikeudenhaltijan kustannuksella, vaikeuttaa IPRED:n vaatimusten kansallista soveltamista, ylläpitää oikeudenalojen kankeaa jaottelua sekä tekee immateriaalioikeudellisesta vahingonkorvauksesta perusteettoman vaikeasti arvioitavaa ja tehotonta. Näin ollen rikastumiskieltoa ei tulisi soveltaa immateriaalioikeudelliseen vahingonkorvaukseen yleistä vahingonkorvausta vastaavalla tavalla.